

THÈSE DE
PARIS,
1883.
N^o. 3.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

PAR
PAUL ARRIVIÈRE

VERSAILLES

IMPRIMERIE DE E. AUBERT

6, Avenue de Sceaux, 6

—
1883

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

DROIT ROMAIN
DES RETENTIONES EX DOTE

DROIT FRANÇAIS
DU PRINCIPE
DE LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS
MATRIMONIALES

PAR

PAUL ARRIVIÈRE

L'acte public sera soutenu le *Mercredi 18 Avril 1883*, à 4 h. 1/2

Président : M. BUFNOIR, professeur.

Suffragants { MM. RATAUD,
LYON-CAEN. } *Professeurs.*
MICHEL (HENRI),
BEAUREGARD. } *Agrégés.*

VERSAILLES

IMPRIMERIE DE E. AUBERT, 6, AVENUE DE SCEAUX

1883



MEIS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DES RETENTIONES EX DOTE

Chapitre premier

DES ACTIONS DOTALES

1. — La législation dotale subit dans le droit romain d'importantes transformations qu'il importe de rappeler brièvement pour bien comprendre la théorie des *retentiones ex dote*.

A l'origine, le régime matrimonial avait été conçu, non pas comme une association où chacun conserve des droits, mais comme une sorte d'absorption de tous les pouvoirs et de tous les droits par le mari seul. Les biens que la femme apportait en dot devenaient pour toujours la propriété du mari, et le mariage venant à se rompre, aucune restitution n'était due ni à la femme ni à ses héritiers.

Mais avec le temps, la conception des rapports pécuniaires entre époux se modifia ; on en arriva à admettre dans certains cas déterminés la restitution de la dot, et par réciprocité, à tenir compte au mari des droits qu'il aurait à faire valoir contre sa femme.

Cette détermination des intérêts respectifs des époux

fut laissée d'abord à l'appréciation du juge ; puis, vers le milieu du vi^e siècle de Rome, réglementée par le législateur.

C'est à ces dispositions d'un droit nouveau, dont le besoin s'était fait vivement sentir, que les jurisconsultes ont donné le nom de théorie des *retentiones ex dote*.

Nous essaierons, dans cette étude, d'en rechercher l'origine et le caractère, d'en faire l'analyse et d'en exposer la procédure.

2. — La dot était une valeur quelconque que la femme apportait au mari pour subvenir aux charges du mariage, c'est-à-dire à l'entretien de la femme et à l'éducation des enfants. C'était là, en quelque sorte, sa fonction immédiate et directe ; mais elle en avait une autre plus originale et plus importante, laquelle consistait à assurer l'avenir des enfants ; c'était, en effet, le seul moyen qu'eût la femme de leur faire parvenir ses biens qu'elle ne pouvait ni leur laisser par hérédité légitime, du moins jusqu'à l'époque de Marc-Aurèle, ni leur transmettre par donation ou par testament.

La dot se présente donc avec un double caractère : c'est une donation, et elle est perpétuelle. Le mariage accompli, elle devient la propriété du mari, non pas par une sorte d'immobilisation temporaire avec affectation spéciale, mais d'une manière ferme et pour toujours. C'est là ce qu'exprime ce principe fondamental du régime dotal romain : « *Dotis causa perpetua est.* »

3. — Mais à partir du vi^e siècle de Rome, cette règle de droit cessa de dominer la matière de la dot.

Sans doute, en se plaçant à l'époque où la mère était étrangère à la famille, où il n'existait entre elle et ses enfants aucun lien de parenté civile, ce principe absolu avait sa raison d'être ; l'enfant appartenait exclusivement

à son père, c'était par lui seul qu'il pouvait profiter des biens dotaux : il importait que la dot fût irrévocable.

Mais sous l'influence du temps et de la civilisation, la conception de la famille s'était élargie, « la mère avait peu à peu reconquis, au sein de la famille, la place qui lui était due : elle succédait à ses enfants, et ses enfants lui succédaient. Dès lors, l'ancien principe de la perpétuité de la dot avait perdu sa raison d'être et n'était plus, pour ainsi dire, qu'un anachronisme..... La dot n'avait plus pour but d'assurer l'avenir des enfants ; elle n'avait plus une *causa perpetua*, et la maxime *dotis causa perpetua est* n'était plus qu'une formule traditionnelle que l'on conservait encore pour l'honneur des principes, mais qui ne pouvait tarder à disparaître et à tomber en oubli » (1). Aussi voit-on cette institution se transformer ; ce n'est plus que par une fiction, *subtilitate juris*, que le mari reste propriétaire : la restitution de la dot devient possible.

Un autre fait, d'ailleurs, l'avait déjà rendue nécessaire, bien avant ce changement de législation. Les mœurs austères des premiers Romains avaient disparu ; le luxe était venu avec la victoire, et le divorce, jadis inconnu, s'était introduit dans la cité ; il se multipliait, le mari trouvant intérêt à répudier la femme et à garder la dot. L'Etat allait être menacé d'un danger nouveau, si l'on ne se hâtait d'aviser : il importait, en effet, d'assurer à la femme divorcée la restitution de sa dot, pour lui permettre de contracter une autre union et de donner des enfants à la République. C'est ce que Paul nous dit en ces termes : « Reipublicæ interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt. » L. 2, D. *De jure dot.*, XXIII, 3.

(1) M. Gide, *Revue de législation*, 1872, p. 125.

4. — L'action *rei uxoriæ* sortit comme une nécessité et comme un remède de ce désordre moral ; la date nous en est connue par un texte souvent cité d'Aulu-Gelle (1) : c'est dans la première partie du vi^e siècle de Rome, entre l'année 520 et l'année 550. Ce ne fut pas une loi qui l'établit, mais la pratique et la jurisprudence.

Aussi cette réforme juridique ne s'imposa-t-elle pas comme une mesure générale ni comme une obligation légale. D'une part, en effet, l'action *rei uxoriæ* s'appliqua d'abord uniquement à l'espèce qui l'avait fait introduire, c'est-à-dire au divorce ; et, d'autre part, elle fut en quelque sorte facultative. Lorsque se produisirent les premiers cas de divorce, on imagina d'exiger du mari, au moment où il recevait la dot, la promesse formelle d'en rendre quelque chose, si le divorce se produisait. Plus tard, l'usage fit sous-entendre cette convention de restitution quand les parties l'avaient omise, et la jurisprudence transforma en restitution légale ce qui n'était jusque-là que restitution conventionnelle.

Ce principe nouveau de la restitution de la dot convenait trop à la nature de l'association pécuniaire créée par le mariage pour ne pas recevoir une extension qu'exigeait d'ailleurs impérieusement l'intérêt des femmes. Le bénéfice de l'action dotale fut en conséquence octroyé à la veuve : le résultat était acquis au temps des Gracques. Dès lors la théorie de l'action *rei uxoriæ* était complète.

La dot est-elle adventice, c'est-à-dire constituée par un tiers, l'action dotale ne s'ouvre qu'en cas de dissolution du mariage par la mort du mari ou par le divorce. Est-elle profectice, c'est-à-dire constituée par le père de famille, la restitution en est due non seulement dans les

(1) *Nuits attiques*, IV, 3.

deux cas qui viennent d'être indiqués, mais aussi lorsque le mariage se dissout par la mort de la femme, son père vivant encore. Selon le cas, l'action *rei uxoriæ* s'ouvre au profit de la femme si elle est *sui juris*, au profit du père sous la puissance de qui elle est placée, si elle est *alieni juris* : mais alors il ne l'exerce qu'avec le consentement de sa fille.

L'action *rei uxoriæ* étant indéterminée dans son objet, la mission du juge était fort large. Le mari poursuivi en restitution de la dot avait-il à faire valoir quelques créances contre sa femme, le juge devait fixer selon l'équité *quod æquius melius esset apud virum manere*. Pour déterminer cette portion de la dot, le juge disposait à l'origine d'un pouvoir sans limites ; mais on ne tarda pas à sentir combien il était dangereux de laisser le règlement d'intérêts souvent considérables à la discrétion de juges qui n'étaient que de simples particuliers. Une loi intervint qui fixa par des règles précises la portion des biens dotaux que le mari pourrait retenir pour des causes et dans une mesure déterminées d'avance. L'ensemble de ces règles forme la théorie des *retentiones ex dote*. On peut la caractériser en disant que le législateur a eu pour but d'indiquer au juge les bases de son appréciation.

5. — En même temps que l'action *rei uxoriæ*, et parallèlement à elle, s'était développée une autre action dotale, mais d'une application moins fréquente et d'une nature toute différente.

Lorsque s'introduisit la règle de la restitution de la dot, on vit apparaître les *cautiones rei uxoriæ* c'est-à-dire qu'en recevant la dot, le mari promettait de la restituer au moins partiellement en cas de divorce. De là naquit l'usage d'accompagner la constitution de dot d'une pro-

messe de restitution, quel que dût être le mode de dissolution du mariage ; il en résultait un contrat *verbis* et la dot était réclamée par une action *ex stipulatu* soumise aux mêmes règles générales que les autres actions de cette nature.

Ainsi, deux actions dotales : d'une part l'action *rei uxoriae*, de droit commun, permettant de demander la restitution de la dot dans les cas et selon les formes déterminés par la loi ; d'autre part, l'action *ex stipulatu* permettant de la réclamer dans tous les cas, lorsqu'une stipulation de restitution avait accompagné la constitution de dot. La supériorité de cette action sur la première était manifeste : 1° de quelque manière que le mariage vînt à se dissoudre, fût-ce par la mort de la femme, l'action *ex stipulatu* était ouverte, car on y faisait abstraction de la cause de la créance ; 2° cette action appartenait toujours au stipulant ou à ses héritiers, et cela sans qu'il fût besoin de mettre le mari en demeure ; 3° enfin elle ne comportait aucune espèce de *retentiones* ; le motif qui les avait fait établir ne se rencontrait pas en effet dans une action de droit strict : avec une créance ferme et déterminée dans son *quantum*, il ne pouvait être question de poser des limites à la mission du juge.

6. — Le droit dotal fut profondément remanié par Justinien. Dans l'espèce qui nous occupe, la réforme consista à sous-entendre dans toute constitution de dot, quel qu'en fût l'auteur, une stipulation de restitution faite par la femme elle-même, et à fondre en une seule action, qui conserva le nom d'action *ex stipulatu*, les deux actions dotales précédemment en usage.

Les règles de l'action nouvelle furent, les unes maintenues de l'ancienne action *ex stipulatu*, les autres empruntées à l'action *rei uxoriae*, d'autres enfin introduites

par l'empereur. Quant aux *retentiones ex dote*, ce furent les règles de l'action *ex stipulatu* qui triomphèrent : les *retentiones* disparurent. Le motif de cette suppression tient à la nature même de l'action nouvelle : la mission du juge y était toute tracée. De plus, le droit avait progressé il s'était humanisé ; quelques-unes des *retentiones* n'avaient plus de raison d'être ; les autres s'étaient transformées et étaient devenues de véritables créances que l'on pouvait poursuivre par voie d'action. Il y aura, dans l'analyse de chacune d'elles, à étudier ces transformations successives.

Chapitre II

CARACTÈRES DES *RETENTIONES*

7. — Nous avons déjà donné un aperçu de l'utilité des *retentiones ex dote*.

Lorsqu'apparurent les *cautiones rei uxoriæ*, c'est-à-dire les premières promesses de restitution de dot, il fallut permettre au mari de se faire tenir compte des dettes que la femme aurait pu contracter envers lui pour une cause quelconque. Aussi la promesse portait-elle « ut si divortium contigisset, quod æquius melius esset apud virum maneret ; reliquum dotis restitueretur » (1). La partie de la dot que le mari devait garder et celle qu'il devait rendre s'estimaient selon l'équité et les convenances. L'estimation fut d'abord confiée à l'arbitrage d'un conseil de parents et d'amis, puis au juge, qui, selon l'expression de Caton l'Ancien, faisait dans cette ac-

(1) Boèce, *Sur les Topiques de Cicéron*, 4.

tion l'office de censeur : « *Judex pro censore est, imperium, quod videtur habet* » (1).

Plus tard, lorsqu'on organisa l'action *rei uxoriæ*, la mission du juge resta la même que jadis dans l'exécution de la *cautio*, c'est-à-dire qu'il jouissait, pour déterminer la portion de la dot que le mari devait garder et celle qu'il devait rendre, d'un pouvoir presque illimité. Car, outre les caractères des actions de bonne foi, l'action *rei uxoriæ* avait une nature spéciale, plus large, qui la faisait rentrer dans la catégorie des actions *in bonum et æquum conceptæ* et sa formule comprenait même, d'après ce que Cicéron nous rapporte, ces expressions caractéristiques empruntées à l'ancienne *cautio* : « *Quid æquius melius erit* ». Dans les actions *in bonum et æquum conceptæ*, la mission du juge était plus étendue encore que dans les actions *ex bona fide*. C'est un point qu'il importe de bien mettre en lumière pour comprendre à quelle nécessité les *retentiones* venaient répondre et quel était leur véritable caractère.

On pourrait croire, à première vue, qu'il n'y avait entre ces deux sortes d'actions aucune différence, et qu'elles rentraient les unes et les autres dans la catégorie des actions de bonne foi. Un texte des *Institutes* prêterait même à cette confusion. Justinien, en abrogeant l'action *rei uxoriæ*, déclare en effet qu'elle était au nombre des actions de bonne foi (2). Cependant, nous ne la trouvons ni dans l'énumération des actions de bonne foi que présente Cicéron (3), ce qui est d'autant plus significatif qu'il parle de cette action quelques lignes auparavant, ni dans celle que nous a laissée Gaius (IV, 62). La

(1) Aulu-Gelle, X, 22.

(2) *Instit.*, IV, 6-29.

(3) *De officiis*, III, 17.

vérité est que les actions *in bonum et æquum conceptæ* étaient placées en dehors des cadres réguliers et des classifications du droit commun ; elles formaient, dans une sphère à part, un petit groupe d'actions exceptionnelles, anormales, que Cujas a révélées et dont M. de Savigny a élargi et complété la doctrine. Elles différaient des actions de bonne foi sous un double rapport : 1° le juge, qui n'a d'autre guide que l'équité, y jouit d'une latitude exceptionnelle pour l'estimation du litige : il doit apprécier : « quanti bonum æquum ei videtur » ; 2° elles sont individuelles, c'est-à-dire attachées, non à la personnalité juridique de l'ayant-droit, mais à son individualité physique : d'où la double conséquence qu'elles ne se perdent pas par la *capitis deminutio* qui fait perdre en général tous les droits, et qu'elles se perdent par la mort naturelle et ne se transmettent pas aux héritiers.

On comprend quelles difficultés devait soulever une semblable appréciation. Comme le fait remarquer M. de Savigny, dans des actions de ce genre, « deux juges également honnêtes et clairvoyants pouvaient arriver sur le même litige à deux estimations très différentes ». Les inconvénients d'un pareil arbitraire ne semblèrent pas bien redoutables tant que la restitution de la dot ne fut qu'une mesure exceptionnelle. Mais lorsqu'elle devint la règle et qu'elle prit peu à peu le caractère d'une institution d'intérêt public, il devint indispensable d'aviser. Le législateur intervint et posa des limites à la mission du juge en réglementant les *retentiones ex dote*.

8. — Ulpien (VI, 9) nous en donne l'énumération suivante. Elles sont au nombre de cinq : 1° la *retentio propter liberos* qui a lieu en cas de répudiation procédant d'une faute de la femme ou du père sous la puissance de

qui elle est placée et lorsqu'il y a des enfants issus du mariage ; 2° la *retentio propter mores* qui punit l'inconduite de la femme ; 3° la *retentio ob res donatas* qui sanctionne la prohibition des donations entre époux ; 4° la *retentio ob res amotas* qui a pour objet le montant de ce que la femme aurait volé à son mari *divortii causa* ; 5° la *retentio propter impensas* qui a pour but de faire rembourser au mari les dépenses faites sur les biens compris dans la dot.

9. — A quelle époque peut-on placer l'origine de ces *retentiones* ?

Il est très probable qu'elles sont postérieures à la création de l'action *rei uxoriæ*. De plus, elles doivent être nées d'un texte législatif et non de la pratique. Le régime dotal, dit M. Gide, est réglementé d'une façon trop précise et trop arbitraire dans le droit romain pour être le produit de la coutume et de la jurisprudence : il est bien certainement l'œuvre d'une loi positive (1). Or, il est vraisemblable que les *retentiones ex dote* font partie de cet ensemble de dispositions nouvelles que l'on introduisit dans le droit dotal, lorsque se fit sentir le besoin de régler d'une façon plus précise ce qui touche aux intérêts pécuniaires des époux. Les commentateurs placent cette loi vers le milieu du sixième siècle de Rome. Un érudit allemand, M. Moritz Voigt, a cru même découvrir le nom et le contenu de cette loi ; mais comme l'a montré un savant romaniste, cet édifice si laborieusement édifié ne repose que sur des conjectures. La seule chose certaine, c'est que cette loi *de dote* est du temps de Caton, qui prononça à ce sujet un discours dont Aulugelle nous a conservé quelques phrases.

(1) *Revue critique d'histoire et de littérature*, 1868, I, 270.

10. — Il reste à rechercher le caractère des *retentiones*.

Quelques interprètes du droit romain n'y voient qu'une application des principes généraux de la compensation. Le mari est débiteur envers sa femme de la dot entière; poursuivi en restitution, il en déduit, comme le ferait tout autre créancier, ce dont la femme est débitrice envers lui.

A cette opinion, on peut opposer deux arguments, l'un historique, l'autre juridique.

Ce qui montre bien d'abord que la compensation et les *retentiones* sont deux choses très différentes, c'est que Justinien qui n'a point aboli la compensation, même en matière dotale, car il en est fait mention dans les (L. 7-5; L. 15-1; L. 66-1 D., *Solut. matrim.*, XXIV, 3; L. 1, C., *Rer. amot.* V. 21, a aboli les *retentiones* qui tenaient à la nature de l'action *rei uxoriæ*, et devaient logiquement disparaître avec elle.

En second lieu, il suffit d'analyser les *retentiones* et la compensation pour comprendre combien elles diffèrent entre elles.

La *retentio dotis*, c'est un tempérament d'équité, c'est la limite légale du *quid æquius melius*, la fixation de la portion de dot, que le mari, pour des causes déterminées, retient en vertu de l'ancien principe qui le rendait pour toujours propriétaire de la dot; d'où il suit que nous retrouvons encore dans la *retentio dotis* l'idée primitive de la *causa perpetua*. Si donc le mari retient une portion de la dot, ce n'est pas, du moins en général, en vertu de quelque créance qu'il aurait à opposer à la femme ou à ses héritiers.

Tout autre est le caractère de la compensation : c'est la balance établie entre créances et dettes réciproques,

debiti et crediti inter se contributio; elle repose essentiellement sur l'idée de créance. Pour rattacher à la compensation la théorie des *retentiones ex dote*, il eût fallu trouver les éléments d'une créance dans chacune des causes qui donnent lieu à retenue. Ce n'est pas assurément dans la *retentio propter liberos* qu'il est possible de les trouver, car elle est fondée sur un tout autre motif; ce n'est pas non plus dans la retenue *propter impensas utiles*, car en améliorant le bien dotal qui est son bien propre, le mari poursuit son intérêt et non celui de sa femme, et par conséquent il n'acquiert aucune créance contre elle; à plus forte raison en est-il de même de la *retentio propter mores*. Peut-être pourrait-on rencontrer les éléments d'une créance dans les *retentiones propter res donatas, propter res amotas et ob impensas necessarias*; mais ces retenues, les deux premières du moins, sont d'une application peu fréquente, et d'ailleurs il suffit que ce caractère ne soit pas général pour que la théorie que nous combattons manque de base. Le principe des *retentiones* est donc tout autre que celui de la compensation.

11. — Ce n'est pas à dire cependant que la compensation ne pût pas fonctionner à côté de la *retentio*, lorsque la cause de la retenue pouvait être assimilée à un titre de créance. Elle était même la seule voie à suivre quand la dot avait été réclamée par l'action *ex stipulatu* depuis que Marc-Aurèle avait rendu la compensation possible dans les *stricta judicia*. Le mari devait opposer sa créance par voie de compensation sur l'action de droit strict, mais il n'aurait pas pu le faire par voie de rétention, les *retentiones* ayant toujours été restreintes à l'action *rei uxoriæ*. Il y avait donc là deux institutions parallèles, concourant parfois au même but, mais différentes d'origine et de caractère.

12. — Telles que nous venons de les définir, les *retentiones* avaient pour effet d'indemniser le mari, et en même temps de profiter aux enfants ; mais comme la dot, elles subirent une transformation et changèrent de caractère.

La législation avait modifié peu à peu l'organisation artificielle que la famille romaine tenait de la loi des XII Tables ; la mère n'était plus pour ses enfants une étrangère, et le sénatus-consulte Tertullien rendu sous Antonin le Pieux l'avait appelée à leur succession. Le sénatus-consulte Orphitien rendu sous Marc-Aurèle compléta la réforme, et accorda aux enfants le droit de succéder à leur mère comme ils avaient déjà le droit de succéder à leur père. Dès lors, ils n'eurent plus d'intérêt à ce que ce dernier retînt la dot : la *causa perpetua* ne fut plus qu'un mot sans réalité.

Il en résulte que la *retentio dotis*, qui au début profitait aux enfants, ne s'exerça désormais que dans l'intérêt personnel du mari, et devint pour lui un gain, un *lucrum* ; aussi les jurisconsultes romains disent-ils en parlant du mari : « Dotem lucratur, lucrum ex dote retinet. » S'exprimer ainsi, c'était faire entendre que les *retentiones* avaient cessé d'être équitables, et qu'elles devaient être abolies, les époux pouvant d'ailleurs arriver au règlement de leurs droits respectifs par voie d'action et par voie de compensation. Elles subsistèrent néanmoins jusque dans les derniers temps : nous les trouvons encore mentionnées à l'époque de Théodose II ; mais elles avaient perdu presque toute leur utilité. Justinien les supprima formellement par une constitution de l'an 530. L. 1-5 C., *De rei uxor., act.* V. 13.

Chapitre III

DES DIVERSES *RETENTIONES EX DOTE*

I. *Retentio propter liberos.*

13. — La *retentio propter liberos* suppose trois conditions : 1° le mariage a été dissous par une répudiation ; 2° il y a faute de la femme ou du père sous la puissance de qui elle est placée ; 3° il est né des enfants du mariage.

Elle est fondée sur ce motif que le mari sur qui continue de peser une partie des charges du mariage : l'éducation et l'entretien des enfants, doit conserver une partie de la dot qui était destinée à subvenir à ces charges et qui remplirait encore cette destination sans la faute de la femme ou du beau-père. Son but est donc double : punir la femme à qui est imputable la rupture du mariage et indemniser le mari des charges que lui laisse cette rupture qui ne peut lui être imputée. Il n'y a pas en effet ici uniquement intention d'infliger une peine à la femme, car, malgré sa faute, elle ne perdra aucune partie de la dot s'il ne reste pas au mari des charges dont il faille l'indemniser ; d'autre part, il n'y a pas non plus simplement intention d'indemniser le mari, car, bien que la *retentio* soit proportionnelle dans une certaine limite au nombre des enfants dont il demeure chargé, elle ne lui est accordée qu'autant qu'il y a eu faute de la part de la femme.

14. — La quotité de cette retenue est variable.

Quand le mariage se dissout par le divorce, elle est d'un sixième par enfant, mais elle ne dépasse pas les trois sixièmes, soit la moitié de la dot : « Singulorum liberorum nomine sextæ retinentur ex dote, non plures tamen quam tres sextæ in retentione sunt. » Ulp., *Reg.*, VI, 10. Cette limite peut être dépassée dans certains cas. Comme nous le verrons plus loin, des conventions jointes à la constitution de dot peuvent autoriser la retenue dans une proportion supérieure à un sixième par enfant ou même pour le tout.

Lorsque le mariage prend fin par la mort de la femme, la *retentio propter liberos* exercée par le mari sur la dot profectice n'a plus le caractère d'une peine, elle est fondée uniquement sur ce que la charge des enfants lui reste ; sa quotité est alors d'un cinquième par enfant et elle s'exerce *in infinitum*. Nous aurons plus tard à dégager le sens exact de cette disposition qui a donné naissance à une importante controverse.

15. — La *retentio propter liberos* n'a lieu qu'autant que le divorce procède d'une faute de la femme ou de son père ; dans le cas contraire, elle ne s'exerce pas, car la femme n'a pas mérité de subir une peine. C'est ce que Paul nous atteste : « Si divortium est matrimonii et hoc sine culpa mulieris factum est, dos integra repetetur. » Inst. II, *De dotibus*. Si le divorce a lieu par la faute du mari, il n'y a pas non plus de rétention car le mari s'est rendu indigne de recevoir une indemnité. « Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet. » Cic. *Topic.* Ch. IV.

Pour savoir s'il y a lieu à *retentio* en cas de divorce, il faut donc examiner quel époux est en faute et non quel

est celui qui a envoyé la répudiation. Ce point indiqué par Cicéron est développé par Boèce dans le commentaire du passage reproduit plus haut : « Le divorce survenu, il s'agit de savoir si une partie de la dot doit rester chez le mari pour les enfants (c'est-à-dire soit à cause des enfants, soit en proportion du nombre des enfants)... Si le divorce est arrivé par la faute du mari, alors même que c'est la femme qui a envoyé le message de répudiation, elle ne doit nullement être privée d'une partie de la dot... Que si elle n'est pas privée d'une partie de la dot, il ne restera dans la maison du mari, rien à titre de dot à cause des enfants. » Nous trouvons également dans un texte de Papinien la confirmation de cette théorie : « Non ab eo culpa dissociandi matrimonii procedit, qui nuntium divortii misit, sed qui discidii necessitatem induxit. » *Fragm. Vatic.* 121.

16. — En dehors de ce cas de divorce où la *retentio propter liberos* avait lieu de plein droit, des conventions jointes à la constitution de dot pouvaient permettre d'exercer une retenue indépendamment de toute faute de la femme. C'est ce qui semble bien résulter du § 106 des *Fragm. Vatic.* : « Convenit in pacto dotali ut, divortio facto, sextæ liberorum nomine retinerentur. Quæro, an discidio interveniente, sextæ retineri possunt. Paulus respondit, secundum ea quæ proponuntur posse. »

Le cas prévu par le texte est le suivant. On a stipulé la *retentio propter liberos* pour le cas de divorce, *divortium*, quelle que soit la cause qui l'amène. Un divorce *bona gratia* : *discidium* a eu lieu, la retenue s'opérera-t-elle? La raison de douter est que cette rétention ne doit s'exercer qu'en cas de faute de la femme; or, ici la femme est innocente. Peu importe, répond le jurisconsulte, la convention a permis de déroger dans cette

mesure à la règle du droit commun : la *retentio* peut s'exercer.

Il est vrai que certains interprètes ont donné aux mots *divortium* et *discidium* la même signification, et ont entendu par là le divorce occasionné par la faute de la femme. Mais on ne voit pas alors quelle serait la portée de ce texte : il serait inutile puisqu'il ne ferait qu'appliquer le droit commun.

17. — Une convention de ce genre n'a, bien entendu, de valeur que pour la durée du mariage qui la suit. Un pacte est intervenu, permettant d'exercer la retenue *propter liberos* en dehors des cas déterminés par la règle générale; le premier mariage a été dissous sans que la dot soit restituée; puis, un second mariage entre les mêmes personnes a été contracté : le pacte qui a précédé le premier mariage n'aura pas d'effet sur le second, et l'on rentrera dans le droit commun, c'est-à-dire qu'il ne pourra y avoir de *retentio* qu'en cas de rupture de ce nouveau mariage par la faute de la femme. C'est ce que prévoit le § 107 des *Fragm. Vatic.* « De même, on a demandé, en cas que le mari qui a envoyé la répudiation ait épousé de nouveau la même femme, et que cette femme, en l'absence de son mari, ait quitté la maison, si les sixièmes pourront être également retenus en vertu du premier pacte. Paul a répondu que, si un véritable divorce est intervenu, et que la femme revienne auprès du même mari sans renouveler le pacte, la dot subsistant, puis ait divorcé, les sixièmes à raison des enfants ne pourront être retenus qu'autant que le divorce sera intervenu par la faute de la femme. »

18. — Les conventions pouvaient non seulement étendre, comme nous venons de le voir, à tous les cas de divorce la rétention établie en prévision d'une répu-

diation occasionnée par la faute de la femme, mais encore augmenter la quotité de la dot à retenir, soit dans une proportion supérieure à un sixième par enfant, soit même pour le tout. « Si convenerit, ut quoquo modo dissolutum sit matrimonium, liberis intervenientibus, dos apud maritum remaneret, Papinianus, Juniano prætori respondit : morte mariti finito matrimonio, neque convenisse videri dotem remanere, et si convenisset, non esse servandum pactum contra dotem, quum mariti mortalitas intervenit. » L. 2, D., *De pact. dot.*, XXIII 4. En exceptant le seul cas de dissolution du mariage par la mort du mari, Ulpien nous autorise à conclure *a contrario* que dans toutes les autres hypothèses la volonté des parties devait être souveraine. Les textes nous avertissent d'ailleurs que les conventions de ce genre ne doivent pas être annulées comme portant atteinte à la liberté du divorce, ni comme contraires à la règle qui prohibe les peines stipulées contre l'époux qui divorcerait.

19. — Ce n'est pas seulement en cas de divorce que la *retentio propter liberos* peut se présenter.

Si le mariage se dissout par la mort de la femme et que son père réclame la dot profectice, le mari peut encore exercer une retenue sur les valeurs à restituer ; mais cette *retentio* est toute différente, quant à son principe et à son organisation, de celle que nous venons d'étudier. En effet, le mari n'a pas besoin d'alléguer ici le moindre grief, son droit dérive simplement de ce que les enfants demeurent à sa charge. D'autre part, la retenue n'est pas d'un sixième, mais d'un cinquième par enfant et elle s'exerce *in infinitum*, de telle sorte que, s'il y a cinq enfants ou plus, elle absorbe la dot entière. Ulpien pose le principe de cette retenue de la manière suivante : « Mortua in matrimonio muliere, dos a patre profecta ad

patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum retentis penes virum... « *Reg.*, VI, 4. Comment faut-il entendre ces mots : *in infinitum* ?

On a proposé trois explications :

20. — Cujas, observant qu'il serait impossible que le mari retînt un cinquième par chaque enfant quand il y a plus de cinq enfants, est d'avis que l'on doit calculer cette *quinta* comme on calcule la quarte qui doit être laissée à chaque enfant pour exclure la *querela inofficiosi testamenti* ; selon lui, le mari gardera *pro liberis* le cinquième de la part que chacun des enfants aurait dans la dot, si elle était restée tout entière chez le père, et leur avait été transmise. Ainsi pour un seul, il gardera un cinquième ; pour deux, deux fois un cinquième de la moitié, c'est-à-dire deux dixièmes ; pour trois, trois fois un cinquième d'un tiers ou trois quinzièmes, etc.

Cujas n'a pas pris garde que toutes ces fractions qui expriment la somme des rétentions pour chaque cas sont égales entre elles, puisqu'elles se réduisent toutes à un cinquième. Par conséquent, son calcul revient à dire que le mari retiendra un cinquième de la dot, quel que soit le nombre des enfants ; or, tel ne peut pas être le sens du texte qui parle, non d'un cinquième seulement, mais de cinquièmes en nombre progressif.

21. — Pothier a une autre solution. Pour le premier enfant, dit-il, on déduira le cinquième de la dot entière ; pour le second, le cinquième du restant, et ainsi de suite à l'infini.

Sans doute, en procédant de la sorte, on pourra littéralement pousser l'opération jusqu'à l'infini, mais est-ce bien ce procédé compliqué que le jurisconsulte avait en vue ?

22. — M. Pellat a proposé un troisième système : c'est

celui qui semble le plus simple, et qui au premier abord vient à l'esprit.

Le mari retiendra autant de cinquièmes qu'il y a d'enfants, sans s'arrêter jusqu'à l'épuisement de la dot, qu'il gardera tout entière s'il y a cinq enfants ou plus. *Infini-tum* signifie ici, non pas précisément infini, mais illimité, c'est-à-dire sans limite légale, sans autre limite que celle qui résulte de la nature des choses, qui ne permet pas de prendre plus de cinq cinquièmes dans un entier.

23. — Si le mariage se dissout par la mort du mari, il ne saurait être question de la *retentio propter liberos*, car ses héritiers sont ou ses enfants eux-mêmes, ou des tiers qui n'ont pas la charge des enfants.

24. — La *retentio propter liberos* disparut sous Justilien. L'empereur explique ainsi cette suppression : « Sileat ob liberos retentio, quum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur... » L. 1-5, C., *De rei uxor. act.*, V, 13. La retenue n'avait plus en effet sa raison d'être, les devoirs naturels de la mère étant les mêmes que ceux du père.

II. *Retentio propter mores.*

25. — La *retentio propter mores* s'exerce en cas de dissolution du mariage par un divorce que l'inconduite de la femme a rendu nécessaire. Elle fait partie de cet ensemble de peines pécuniaires que l'on dut établir contre l'époux coupable, lorsque la multiplication des divorces devint inquiétante, pour rendre au moins indirectement la rupture du mariage plus difficile.

Le droit romain distingue entre l'inconduite grave, qui n'est autre que l'adultère, auquel cas la rétention est du sixième, et l'inconduite légère, qui consiste en d'autres

faits que la loi ne détermine pas, auquel cas la rétention est du huitième.

Cette retenue ne s'applique que dans l'hypothèse d'un divorce. Si le mariage se dissout par la mort de la femme ou par la mort du mari, il ne saurait en être question, puisqu'elle est la peine d'une offense faite par la femme au mari, et qu'elle les suppose l'un et l'autre parties dans l'action. Or, dans les cas autres que le divorce, ou bien la poursuite est dirigée contre les héritiers du mari, ou bien c'est le père de la femme qui exerce l'action dotale.

26. — Il importe de remarquer que cette *retentio* n'a pas été introduite seulement dans l'intérêt du mari ; elle est aussi et surtout une peine pour la femme, et elle est d'ordre public. Il était donc impossible de laisser aux parties comme dans la *retentio ob liberos*, la liberté de déroger par des pactes à la règle du droit commun. Nulle convention ne peut exclure cette retenue ni en modifier la quotité : « Illud convenire non potest, ne de moribus agatur, vel plus vel minus exigatur : ne publica coercitio privata pactione tollatur. » L. 5-pr. D., *De pact. dot.*, XXIII, 4.

27. — Cette peine n'était pas d'ailleurs la seule qui frappât la femme coupable. En cas d'inconduite grave, c'est-à-dire d'adultère (*graviores mores*), la loi Julia de *adulteriis* rendue sous Auguste avait établi contre elle une double peine. La peine pécuniaire consistait dans la confiscation de sa dot et du tiers de ses biens ; plus tard, la confiscation ne fut plus de la dot entière, mais seulement du sixième. La peine criminelle était la *relegatio in insulam*. De plus, le père de famille surprenant sa fille en flagrant délit d'adultère, soit dans sa propre maison, soit dans celle de son gendre, la tuait impunément, elle et son complice, pourvu que le meurtre eût lieu *in conti-*

nenti. Pour le mari qui tuait sa femme en pareille circonstance, il n'y avait pas excuse légale, mais il y avait lieu à atténuation de peine.

Ces pénalités diverses étaient déjà sévères, Constantin les augmenta en les remplaçant par la peine de mort. Justinien substitua à la mort la fustigation et l'emprisonnement dans un monastère.

Avec une semblable répression, la *retentio ob mores* n'avait plus de raison d'être, aussi la supprima-t-il, la sanction pénale lui paraissant suffisante : « Quid enim opus est inducere ob mores retentionem, alio auxilio ex constitutionibus introducto ? » L. 1-5 C., *De rei uxor. act.*

III. *Retentio propter res donatas.*

28. — La troisième cause de retenue se trouve dans les donations que le mari aurait faites à sa femme pendant le mariage, ce qui veut dire que la *retentio propter res donatas* est la sanction de la prohibition des donations entre époux : « Inter virum et uxorem donatio non valet, nisi certis causis, id est mortis causa, divortii causa, servi manumittendi gratia. Hoc amplius principalibus constitutionibus concessum est mulieri in hoc donare viro suo, ut is ab imperatore lato clavo vel equo publico, vel simili honore honoretur. » Ulp., *Reg.*, VII, 1.

29. — Les donations entre époux furent d'abord permises à Rome, mais elles étaient rares, parce que la plupart des femmes mariées étant *in manu* n'avaient rien à donner et ne pouvaient rien recevoir pour elles-mêmes.

Plus tard, la *manus* étant devenue moins fréquente, la coutume en arriva à défendre ces donations, dans le double but d'assurer la liberté réciproque des époux et d'empêcher que le maintien du mariage ne s'achetât à

prix d'argent. Cette prohibition qui fut l'œuvre des prudents était déjà admise à l'époque de Labéon. La règle souffrait cependant quelques exceptions qui nous sont signalées par les textes, et notamment par le passage d'Ulpien cité plus haut ; mais, en dehors de ces cas limitativement déterminés, la donation était nulle, d'où il suit que le mari donateur pouvait, lors de la restitution de la dot, retenir la valeur des choses données.

Ainsi entendue comme sanction de la nullité des donations entre époux, la *retentio* s'exerce de quelque façon que le mariage vienne à se dissoudre, soit par la mort de la femme, soit par la mort du mari, soit par le divorce. La donation ne pouvait devenir valable et la *retentio* être écartée qu'en vertu d'une confirmation testamentaire expresse.

Cette législation dura jusqu'à la fin du règne de Septime Sévère : à cette époque elle fut modifiée par le Sénat sur la proposition d'Antonin Caracalla.

Désormais, la donation, tout en restant nulle de plein droit, dut être tacitement confirmée par cela seul que le donateur mourait dans la même volonté et le mariage subsistant encore. La nullité ne devenait donc définitive que par le repentir du donateur, le prédécès du donataire ou le divorce.

Dans ces divers cas, le mari donateur ou ses héritiers tenus de la restitution de la dot, renaient la valeur des choses données en opposant la *retentio ob res donatas*, jusqu'à concurrence du profit réalisé par la femme.

30. — Ce n'était pas seulement par voie de rétention, mais aussi par voie d'action, comme nous le verrons en étudiant la procédure des *retentiones*, que le mari pouvait rentrer en possession des choses qui avaient fait l'objet de la donation.

Ces actions paraissant suffisantes, Justinien supprima la *retentio propter res donatas* : « Ex qua causa ob res donatas retentio introducatur, quum sit donatori facultas per actionem in rem directam, vel per utilem, vel per condictionem suo juri mederi? » L. 1-5, C., *De rei uxor. act.*

IV. *Retentio propter res amotas.*

31. — La *retentio propter res amotas* a pour objet le montant des valeurs que la femme aurait volées à son mari *divortii causa* ; elle s'exerce comme les autres à la dissolution du mariage et permet au mari de recouvrer la valeur de ce qui lui aurait été enlevé.

Cette retenue a le même fondement que l'action *rerum amotarum* : c'est une application de ce principe que le *furtum* commis par l'un des époux au préjudice de l'autre ne donne pas lieu contre l'époux coupable à l'action *furti*. Bien que cette soustraction réunit tous les caractères du vol, on n'a pas voulu qu'entre personnes unies par un lien aussi étroit elle pût faire naître une action infamante. On accorde seulement une action en réparation du dommage causé, et, par ménagement, on l'appelle action pour les choses détournées. Nous aurons à revenir sur cette action, en parlant de la procédure de la *retentio dotis*.

32. — Comme les *retentiones* qui précèdent, la retenue *ob res amotas* fut supprimée par Justinien parce que les actions déjà admises dans l'ancien droit suffisaient pour indemniser le mari : « Nec retentio ob res amotas necessaria est, quum pateat omnibus maritis rerum amotarum iudicium. » L. 1-5, C., *De rei uxor. act.*

V. *Retentio propter impensas.*

33. — De toutes les *retentiones ex dote*, les plus intéressantes à étudier au point de vue juridique sont celles qui résultent de dépenses faites par le mari sur les biens de la femme.

Mais ces dépenses n'ouvrent pas d'une façon uniforme le droit du mari à la *retentio ob impensas*. Ulpien (*Reg.*, VI, 4) les divise à ce point de vue en trois catégories soumises chacune à des règles spéciales, les impenses nécessaires, les impenses utiles, les impenses voluptuaires. Il faut remarquer que le jurisconsulte ne donne de ces diverses impenses que des définitions générales, sans déterminer exactement en quoi elles consistent. On pense communément que le passage où il s'en expliquait a été sauté par le copiste.

§ I. — Impenses nécessaires.

34. — Les impenses nécessaires sont celles qui tendent à prévenir des pertes ou des détériorations et que le mari ne pourrait se dispenser de faire sans engager sa responsabilité. (L. 1-1; L. 14, D., *De impens. in res dot. fact.*, XXV, ¹ 1.) Ulpien nous donne comme exemple la réparation d'une maison qui menace ruine; mais on ne peut pas faire rentrer dans la catégorie des dépenses nécessaires l'entretien des esclaves, le paiement des impôts, les dépenses destinées à la production des fruits, ni les autres frais qui, bien qu'indispensables à la conservation de la chose, tendent avant tout à la satisfaction d'un intérêt présent et sont considérés comme

charges de jouissance. L. 12 ; L. 13, *eod.* Ce sont là en effet des dépenses d'entretien qui sont prises par le bon père de famille sur les fruits et non sur le capital. Le mari a dû les faire, et d'aucune manière elles ne doivent être mises en définitive à la charge de la femme : « Tueri res dotales vir suo sumptu debet. »

Un texte de Paul, L. 4, *eod.*, permet de compléter cette notion de la nature des *impensæ necessariae*. Il y a dépenses nécessaires, nous dit le jurisconsulte, quand le juge condamne le mari qui a négligé de les faire au paiement de dommages-intérêts envers la femme : « Id videtur impensis necessariis contineri, quod si a marito omissum sit, iudex tanti eum damnabit, quanti mulieris interfuerit eas impensas fieri. » Au reste, il est difficile, comme le remarque Neratius, L. 15, *eod.*, de poser un principe général ; il est plus facile de se prononcer individuellement sur chaque espèce, d'après le genre et l'importance de la cause.

35. — Les raisons d'être de la *retentio ob impensas necessarias* se conçoivent aisément. Ces dépenses ont conservé la chose dotale : elle ne vaut pas plus qu'autrefois, mais sans ces impenses elle n'existerait plus ou elle n'existerait plus qu'amoindrie ou détériorée ; il est donc de toute justice que la dot ne soit restituée que déduction faite des frais qui l'ont empêchée de périr. Aussi les textes expriment-ils le principe de cette retenue d'une façon très énergique : « Impensæ necessariae ipso jure dotem minuunt. »

Il importe de dégager la portée exacte de cette règle.

36. — Nous en trouvons le commentaire dans un passage d'Ulpien, qui forme la L. 5-*pr.* du titre *De impens. in res dot. fact.* « Quod dicitur necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum (ut et Pom-

ponius ait), non ut ipsæ res corporaliter diminuantur, utputa fundus, vel quodcumque aliud corpus : etenim absurdum est deminutionem corporis fieri propter pecuniam : cæterum hæc res faciet desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus : manebit igitur maritus in rerum detentationem, donec ei satisfiat : non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia : nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si æstimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos diminuetur per impensas necessarias. »

Trois hypothèses sont à considérer.

37. — Si la dot consiste en un corps certain, l'adage ne peut pas être pris à la lettre. Le mari a reçu un fonds en dot ; il fait sur ce fonds une dépense égale au tiers ou à la moitié de sa valeur : le fonds ne perdra pas pour partie son caractère de dotalité. C'est bien ce qui ressort du texte d'Ulpien que nous venons de reproduire. La même idée est exprimée par Paul, L. 56-3, D., XXIII, 3 : « Quand on dit que les impenses nécessaires diminuent la dot de droit, cela ne signifie pas qu'un fonds, par exemple, donné en dot, cesse d'être dotal pour quelque partie, mais que, si la dépense n'est pas remboursée, le fonds sera retenu en tout ou en partie. »

L'application de la règle se borne donc à ceci : le mari ne pourra être forcé de rendre le fonds, il aura le droit de le retenir *quasi pignus* tant que la dépense qu'il a faite ne lui aura pas été remboursée. C'est qu'en effet la diminution ne porte pas sur les *corpora dotalia*, mais sur l'*universitas dotis*. Ulpien le dit très clairement : « Quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum. » L. 1-4, D., *De dote præleg.*, XXXIII, 4.

38. — La dot peut consister en argent, par exemple, comprendre deux cents sous d'or ou un fonds estimé. Le mari qui aura dépensé une certaine somme pour la conservation de la dot n'aura à rendre que la valeur de la dot diminuée du montant de la dépense. Ici, le principe « *impensæ necessariae dotem ipso jure minuunt* » reçoit une application littérale. D'où il suit que, si pendant le mariage la femme rembourse la dépense, ce remboursement ne rétablit pas dans son intégrité la dot primitive, il l'augmente plutôt, et, par conséquent, cette somme est toujours réputée adventice et ne reçoit pas l'application des pactes dotaux qui ont pu intervenir au début.

39. — Enfin, la dot peut comprendre à la fois de l'argent et des corps certains. Il y a alors application des deux règles précédentes que l'on combine. Au moment de la restitution, les dépenses nécessaires s'imputent d'abord sur la partie pécuniaire de la dot et la diminuent de plein droit. En cas d'insuffisance, on applique la règle de la première hypothèse : le mari use du droit de rétention pour ce qu'il lui reste à recevoir. Cette solution est donnée par Nerva et reproduite par Paul : « Si pecunia et fundus in dote sint, et necessariae impensæ in fundum factæ, Nerva ait dotem pecuniariam minui. » L. 56-3, D., *De jure dot.*, XXIII, 3. Il est bien entendu que, dans tous les cas, les dépenses qui produisent l'effet dont il s'agit sont uniquement celles qui ont été faites *in dotem ipsam*, c'est-à-dire celles qui ont eu directement pour objet la conservation de la chose dotale. Quant aux dépenses *extrinsecus*, comme serait une dépense que le mari a faite pour sauver sa propre chose, et dont la chose dotale se trouve avoir profité, elles ne peuvent pas entraîner rétention de la dote immobilière ni diminution de la dote mobilière.

40. — Mais ne pourrait-il pas se présenter une hypothèse où, bien que composée de corps certains, la dot fût diminuée de plein droit, par exemple, lorsque les dépenses nécessaires faites successivement *per partes* égalent la valeur totale du fonds? C'était l'opinion de Scévola que Paul nous rapporte : « Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scevola noster dicebat. » L. 56-3, *De jure dot.*

41. — Avant d'examiner cette théorie, voyons d'abord comment la question se pose.

Si, pour conserver la dot de la femme, le mari a dépensé d'un seul coup une somme égale à la valeur du fonds, de manière que ce fonds ait cessé par là d'être dotal et soit perdu pour la femme, on ne peut pas dire qu'il a conservé cette dot à la femme. D'ailleurs, la pensée qui vient à l'esprit est celle-ci : autant vaut laisser le fonds périr que de dépenser, pour le sauver, une somme égale à la valeur qu'il aura une fois la dépense faite. Dans ce cas, la femme pourrait donc être fondée à ne pas vouloir tenir compte d'une pareille dépense.

Mais la question n'est plus la même quand il s'agit de dépenses faites successivement. C'est pour cela que Scévola se place dans l'hypothèse d'impenses faites *per partes* : chacune d'elles était inférieure à la valeur du fonds, chacune avait son objet particulier et était bien entendue, même la dernière, dont le montant, additionné à celui des précédentes, a fait arriver le total à une somme égale ou même supérieure à la valeur du fonds conservé ; car, sans cette dernière dépense, toutes les autres auraient été perdues.

Le fonds vaut 300 ; à trois reprises différentes, il faut, pour le sauver, dépenser 100 : chacune de ces dépenses

est justifiée ; la femme en doit compte. On comprend donc que Scévola puisse dire : Si la somme des dépenses faites successivement égale la valeur du fonds, le fonds cesse d'être dotal.

42. — La question ainsi posée, quel intérêt y a-t-il à admettre ou à repousser la doctrine de Scévola ? Le voici. Qu'arrivera-t-il si la femme rembourse au mari les dépenses faites ? La dot croîtra-t-elle, ou sera-t-elle réputée constituée à nouveau : « *Utrum crescet dos, an ex integro data videbitur ?* » L. 56-3, *eod.* Un fonds valait primitivement 90 ; il a été dépensé pour sa conservation trois sommes de 30 chacune. Si la femme rembourse au mari cette somme de 90, dira-t-on qu'à cette dot, réduite à zéro, vient s'ajouter une nouvelle dot de 90 : « *Utrum crescet dos* » ? Ou bien dira-t-on que la dot primitive de 90 est rétablie dans son premier état et comme reconstituée à nouveau : « *An ex integro data videbitur ?* » Paul pose la question, et il la résout en montrant que, quel que soit le point de vue adopté sur l'effet du remboursement de la dépense, on arrive, en suivant l'opinion de Scévola, à des conséquences inadmissibles.

Si l'on dit que la dot est augmentée de la somme remboursée, on admet implicitement que la dot primitive, bien que diminuée, n'a jamais cessé d'exister. Cette somme forme une nouvelle dot qui vient s'ajouter à la première ; et, au jour de la dissolution du mariage, elle composera seule la dot à restituer. De cette façon, la dot immobilière va se trouver convertie en une dot pécuniaire, ce qui ne paraît en aucune façon être conforme à l'intention des époux.

Si, au contraire, on considère la somme payée par la femme comme une nouvelle constitution de dot, on arrive, avec la doctrine de Scévola à un résultat éga-

lement fâcheux. Le fonds a cessé d'être dotal au moment où le montant de la dépense a égalé la valeur du fonds : le mari a donc pu l'aliéner valablement. Que si l'effet du remboursement est de ramener la dot à son état primitif et de faire recouvrer au fonds sa dotalité, on devra considérer comme non avenue l'aliénation faite par le mari ; et, alors, le tiers détenteur pourra être évincé : ce qui est contraire à l'équité et aux intérêts du mari soumis à la garantie d'éviction.

La conclusion de Paul est qu'il faut repousser l'opinion de Scévola et s'en tenir à cette idée que, malgré les impenses nécessaires, le fonds reste dotal.

43. — Telle était, d'après la loi 56-3, *De jure dot.*, la législation à l'époque de Paul ; mais, par la suite, des modifications y furent apportées : cette même loi 56 nous les fait connaître.

Pour mettre le texte au courant des idées nouvelles, on le retoucha en ajoutant à la règle formulée par Paul la restriction suivante : « Nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. » L'interpolation n'est pas douteuse ; car, comment expliquer ce délai d'un an dans lequel la femme devra effectuer le remboursement ? « Cette fixation arbitraire, dit M. Pellat, semble plus en harmonie avec les allures législatives de Tribonien qu'avec les habitudes interprétatives d'un ancien jurisconsulte. »

Ce qui, d'ailleurs, fait toucher du doigt l'interpolation, et ce qui est en même temps le signe caractéristique du changement de législation, c'est cette dernière phrase où l'on abandonne et où l'on contredit même le principe posé plus haut : « Et magis est, ut ager, in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur. » Comment admettre que Paul, qui vient de cri-

tiquer l'opinion de Scévola comme conduisant à une iniquité manifeste, s'y range tout à coup en y adaptant un tempérament assez bizarre : le fonds qui aura cessé d'être dotal le redeviendra après le remboursement des dépenses ; et, pendant l'intervalle, l'aliénation du fonds sera prohibée.

44. — Etant admis que ce texte exprime un changement de législation, quel en est exactement le sens ?

S'il a été dépensé pour le fonds une somme égale à sa valeur, dit le jurisconsulte, ce fonds cesse d'être dotal, à moins que la femme n'ait offert à son mari, dans l'année, le remboursement des dépenses. Si la femme rembourse la dépense, ajoute-t-il, il faut dire que le fonds redevient dotal et, qu'en attendant, l'aliénation du fonds est défendue.

On interprète généralement cette disposition dans ce sens que le fonds cesse d'être dotal dès l'instant où les dépenses, faites successivement, viennent à égaler sa valeur intégrale ; mais ce fonds redevient dotal si la femme rembourse la dépense dans l'année ; et, en attendant, c'est-à-dire pendant cette année, l'aliénation du fonds est interdite. Une fois l'année écoulée sans remboursement, le mari peut librement aliéner le fonds qui ne peut plus redevenir dotal : il le gardera en quelque sorte à titre de dation en paiement pour les impenses que lui devait la femme.

Une autre interprétation a été donnée de la difficulté qui nous occupe. Elle s'analyse dans les quatre propositions suivantes : 1° Si le remboursement est fait dans l'année, le fonds n'aura jamais cessé d'être dotal ; 2° faute de remboursement dans l'année qui suit la dépense faite, le fonds cesse d'être dotal à l'expiration de cette année ; 3° il peut le redevenir ensuite, si la femme fait ce rem-

boursement avant le moment où la restitution de la dot sera demandée par elle ou offerte par le mari ; 4° en attendant ce remboursement qui pourra être fait à une époque quelconque, le fonds, tout en cessant d'être dotal, reste inaliénable, parce que la femme peut toujours, en venant effectuer le remboursement, lui faire recouvrer son caractère de dotalité. Cette explication très compliquée est, en général, rejetée par les interprètes du droit romain.

§ II. — Impenses utiles.

45. — Les dépenses utiles sont celles qui, n'ayant rien d'obligatoire et pouvant être négligées sans aucun risque, ont cependant ajouté quelque chose à la valeur de la dot et l'ont améliorée ; faute de ces dépenses, la chose n'eût pas péri, mais, grâce à ces dépenses, elle vaut plus qu'auparavant.

46. — Dans l'ancien droit romain, on n'admit jamais que de pareilles dépenses pussent fonder un titre de créance ; le mari qui fait des dépenses utiles sur une chose dotale, c'est-à-dire sur une chose qui lui appartient, ne peut pas être considéré comme les faisant en qualité de mandataire ou de *negotiorum gestor*. Toutefois, on ne peut, sans blesser l'équité, refuser de lui en tenir compte, et, comme l'action *rei uxoriæ* est essentiellement fondée sur l'équité, on admet le mari à recouvrer ses dépenses utiles par voie de rétention. Ulpien, reproduisant sur ce point l'opinion de Sabinus, donne une seconde raison : si l'on a admis cette *retentio*, c'est que, sans cela, le mari aurait fait une donation à la femme, ce qui est défendu, même lorsque cette donation a pour objet des impenses.

47. — La *retentio ob impensas utiles* n'est pas d'une

application aussi générale que la rétention fondée sur les dépenses nécessaires. Il y a lieu de faire à cet égard la distinction suivante. Si les dépenses ont été faites par le mari avec le consentement de la femme, la retenue est admise ; s'il les a faites sans son consentement, il ne pourra s'en faire tenir compte qu'autant que les circonstances ne rendraient pas le remboursement trop onéreux à la femme, autrement il ne lui resterait d'autre ressource que de les enlever : il ne serait pas juste en effet de forcer la femme à vendre sa chose pour payer des impenses faites sur cette chose. Cette distinction semble bien résulter d'un texte de Paul : « Utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factæ sint : iniquum enim esse, compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest : quod summam habet æquitatis rationem. » L. 8, D., *De impens. in res dot. fact.*, XXV, 1.

Ainsi, s'il s'agit d'une maison construite sur le fonds de la femme et sans son consentement, le juge devra permettre au mari, faute de remboursement, de la démolir et d'enlever les matériaux, car s'il n'est pas équitable de forcer la femme à vendre son fonds pour payer une dépense qu'elle n'a pas voulu faire et dont elle n'entend pas profiter, il n'est pas équitable non plus de lui permettre de s'enrichir aux dépens du mari, alors qu'on peut concilier leur intérêt commun.

S'agit-il au contraire d'un esclave que l'on a fait instruire, il faudra appliquer dans toute sa rigueur le texte de Paul, si la femme n'a pas les moyens de rembourser cette dépense ; le mari perdra toute sa dépense, car on ne peut pas enlever à l'esclave l'instruction qui lui a été donnée.

48. — Aucune règle ne nous indique la mesure selon laquelle la femme doit indemniser le mari des impenses qu'il a faites pour améliorer la chose, dans les cas où le principe du remboursement sera admis. On peut cependant conclure, ce semble, du texte de Paul, que, si elle elle a consenti à la dépense, elle sera tenue de rembourser le montant entier des impenses. Dans le cas contraire, et en l'absence de dispositions spéciales, on peut s'en rapporter aux principes généraux et décider avec la L. 38, *De rei vindicatione*, VI, 1, que ce remboursement ne devra pas dépasser le montant de la plus-value si, ce qui arrivera le plus souvent, l'augmentation de valeur est inférieure au prix des travaux ; mais qu'il ne devra être que de la somme dépensée, si la plus-value est supérieure à la dépense.

§ III. — Impenses voluptuaires.

49. — Les dépenses voluptuaires sont celles qui n'ont ni conservé ni amélioré la dot et n'ont eu d'autre but que l'agrément. Ce qui arrive, dit Ulpien, pour les plantations de bosquets, les peintures ou autres choses semblables, *Reg.*, VI, 17 ; ou encore, comme dit Paul, ce sont celles qui embellissent le fonds sans en augmenter le produit. L. 79-2, D., *De verbor. signif.* L. 16.

Il est bien évident que, par des dépenses de cette sorte, le mari n'a pas obligé la femme ; aussi ne peut-il la forcer à lui en tenir compte, qu'elle les ait approuvées ou non, ni exercer une *retentio* du chef des impenses voluptuaires. Tout ce que l'équité commande, c'est que la femme ne puisse pas s'enrichir aux dépens du mari, et que l'on permette à ce dernier d'enlever ce qu'il peut séparer de la chose principale sans la détériorer. Toute-

fois la femme a le droit, si elle le préfère, de conserver les améliorations à condition d'en payer la valeur. Les droits respectifs de l'un et l'autre époux sont déterminés par Ulpien en ces termes : « Pro voluptuariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactio-nem patitur : nam si vult habere mulier, reddere ea quæ impensæ sunt, debet marito ; aut si non vult, pati debet tollentem, si modo recipiant separationem, cæterum si non recipiant, relinquendæ sunt. » L. 9, D., XXV, 1.

§ IV. — Impenses faites en dehors des choses dotales.

50. — Il est une autre catégorie d'impenses qui, bien que faites en dehors des choses dotales, donnent lieu également à une *retentio* lors de la restitution de la dot. Elles sont prévues par la L. 21, D., *Solut. matrim.*, XXIV, 3. Si le mari a dépensé des sommes dotales pour racheter des mains des voleurs ou pour tirer de prison des personnes *nécessaires* à la femme, la dot se trouve diminuée d'autant, de telle sorte que l'action *rei uxoriæ* s'éteindra pour le tout si les dépenses ont absorbé la dot entière, ou seulement pour partie si elles ne l'ont absor-bée qu'en partie.

Que faut-il entendre par personnes nécessaires ? Ulpien ne nous indique que le père de la femme ; mais on peut par analogie, et d'après la L. 73, *De jure dot.*, et la L. 20, *Solut. matrim.*, y ajouter les autres ascendants, les frères, les sœurs, les enfants d'un premier lit.

Ulpien fait remarquer qu'il devra être tenu compte au mari de dépenses de ce genre, non seulement lorsque l'action en restitution est intentée par la femme, mais aussi lorsqu'elle est exercée par le beau-père surtout si c'est à cause de lui que la somme a été dépensée.

§ V. — Conditions d'ouverture de la *retentio propter impensas*.

51. — Dans quels cas peut-on exercer les *retentiones propter impensas*? Il est certain d'abord que dans l'hypothèse d'un divorce, le mari peut les exercer dans la mesure que nous avons indiquée. De même si le mariage se dissout par la mort de la femme, le mari peut les faire valoir à l'encontre du père qui réclame la dot profectice, car ces retenues ne sont pas nécessairement restreintes aux rapports des époux entre eux. Que si le mariage vient à se dissoudre par la mort du mari rien ne s'oppose non plus à ce que ses héritiers les invoquent du chef de leur auteur.

On peut donc dire en résumé que le droit aux *retentiones ob impensas*, ne reposant que sur un intérêt pécuniaire, s'ouvre dans tous les cas de dissolution du mariage, quelles que soient les personnes en cause.

§ VI. — Droit de Justinien.

52. — Les *retentiones propter impensas*, de même que les autres *retentiones*, ne devaient pas survivre à l'action *rei uxoriæ* dont elles n'étaient que le complément et le correctif. Aussi Justinien, en faisant prévaloir dans sa nouvelle action dotale les règles de l'action *ex stipulatu* décida-t-il qu'elle ne comporterait aucune espèce de retenue, si ce n'est *propter impensas necessarias*.

53. — Sur les dépenses voluptuaires, l'auteur de la constitution s'exprime ainsi : « Quod si voluptuariæ sint, licet ex voluntate ejus, expensæ : deductio operis quod fecit, sine læsione tamen prioris speciei marito relin-

quatur : ut sit omnium retentionum expeditus tractatus, et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem. » L. 4-5, C., V. 13.

54. — Lorsqu'il s'agit de dépenses utiles faites avec le consentement de la femme, nous avons vu que le mari peut opérer le recouvrement des sommes qui lui sont dues en les déduisant sur le montant de la dot. Justinien supprime cette *deductio* et donne au mari une action pour toutes les dépenses utiles qu'il a faites. Il peut en demander le remboursement : 1° par l'action *mandati contraria* si l'emploi des sommes a été approuvé par la femme ; 2° par l'action *negotiorum gestorum* si cet emploi a été fait à son insu. Du reste, il est bien entendu que cette action ne pourra être exercée par le mari qu'après la dissolution du mariage, et non pas pendant qu'il est propriétaire du bien auquel la dépense a été appliquée.

On s'est demandé si la suppression de la *retentio ob impensas utiles* était absolue, et si elle s'opposait même à ce que le juge fit application au mari poursuivi en restitution de la dot du principe de la compensation. Incontestablement ces dépenses peuvent, dans le droit de Justinien, former un titre de créance, car le mari n'est plus considéré comme propriétaire de la dot que par une fiction de droit : *subtilitate juris*. Or, il est de règle que le débiteur peut, grâce à la *clausula doli* sous-entendue désormais dans toute action, opposer sur la poursuite *ex stipulatu* les causes de compensation qu'il a à faire valoir. Justinien veut-il donc dire que le juge saisi de l'action en restitution sera absolument sans pouvoir relativement aux créances que le mari peut avoir du chef des dépenses qu'il a faites ?

D'éminents interprètes du droit romain ne pensent pas que telle ait été l'intention du législateur, et ils proposent

de résoudre la difficulté de la manière suivante : « En supprimant ces *retentiones*, Justinien se préoccupe surtout de couper court à l'esprit de chicane, et d'empêcher que la restitution de la dot ne soit retardée sous de vains prétextes. Or, précisément, il n'autorise la compensation qu'autant qu'elle s'appuie sur un droit facile à vérifier et à apprécier. Il faudra donc, pour qu'elle soit rejetée, que la créance alléguée par le mari soit assez incertaine ou assez peu liquide pour compliquer et allonger le procès » (1).

On ne peut donc pas dire que la suppression de la *retentio ob impensas utiles* fasse échec à l'application de la compensation, lorsque d'ailleurs la créance présente les caractères voulus. La L. 4-5, C., *De rei uxor. act.* est un texte spécial qui ne saurait exclure l'application d'une règle générale.

55. — Quant aux dépenses nécessaires, Justinien conserva avec toute son ancienne portée le principe « *impensæ necessariae ipso jure dotem minuunt.* » De toutes les *retentiones ex dote* la *retentio ob impensas necessariae* survécut seule et continua à être admise dans l'action dotale. Ce fait est hors de doute, car il nous est confirmé à la fois par la L. 4-5 C., *De rei uxor. act.* : « *Quum enim necessariae quidem expensæ dotis minuunt quantitatem* » et par le § 37, *De action. Inst.* : « *Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur ; nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus minuitur.* » Ce texte a d'autant plus d'importance qu'il est postérieur de quelques années à la constitution qui supprima les autres *retentiones ex dote*.

(1) Accarias, II, p. 4058, note 2.

Chapitre IV

DU MODE D'EXERCICE DES *RETENTIONES*

I. *Cas dans lesquels elles s'exercent.*

56. — En analysant chacune des *retentiones ex dote*, nous avons vu dans quelles circonstances elles fonctionnent. Il importe maintenant de résumer dans une vue d'ensemble les différents cas qui peuvent se présenter.

57. — C'est dans l'hypothèse d'un divorce que la théorie des *retentiones* reçoit son application la plus complète : ce mode de dissolution du mariage permet en effet au mari, poursuivi en restitution de la dot, d'exercer, sans distinction, toutes les retenues auxquelles il a droit.

Il y a même deux *retentiones* qui ne peuvent trouver d'application que dans le cas d'un divorce, car elles supposent le mari et la femme parties dans l'action. C'est d'abord la *retentio propter mores* : hors de cette hypothèse, ou bien la poursuite est dirigée contre les héritiers du mari qui n'ont aucun titre à se prévaloir d'une retenue destinée à réparer l'offense faite à leur auteur, ou bien l'action en restitution appartient au père de la femme, et alors la retenue n'a plus de sens. C'est, en second lieu, la retenue *propter liberos* lorsqu'elle suit une répudiation procédant d'une faute de la femme ou du père sous la puissance de qui elle est placée. Nous avons vu qu'elle était d'un sixième par enfant, sans pouvoir dépasser la moitié de la dot.

58. — Lorsque le mariage se dissout par la mort de la femme et que le père poursuit le mari en restitution de la dot profectice, ce dernier peut opposer toutes les *retentiones* autres que la *retentio propter mores*.

Les retenues *propter res donatas*, *propter res amotas* et *propter impensas* n'étant fondées que sur un intérêt pécuniaire, il importe peu de distinguer quelles personnes figurent dans l'action *rei uxoriæ*.

Quant à la *retentio propter liberos* le mari peut aussi l'exercer, mais la base de cette retenue n'est pas la même que dans le cas de divorce : elle n'a plus le caractère d'une réparation, le droit du mari dérivant uniquement ici de ce que les enfants restent à sa charge ; sa quotité n'est plus d'un sixième mais d'un cinquième par enfant et elle s'exerce *in infinitum*.

59. — Enfin si le mariage a cessé par la mort du mari, les seules retentions que ses héritiers puissent faire valoir sont celles qui présentent le caractère d'une créance, c'est-à-dire les retenues *ob res donatas*, *ob res amotas* et *ob impensas*. La *retentio propter mores* ne se conçoit pas puisque le mari n'est plus là pour en profiter ; la *retentio propter liberos* n'a pas non plus de raison d'être, car les héritiers du mari sont ses enfants eux-mêmes ou des tiers qui n'ont pas la charge des enfants.

II. Procédure des RETENTIONES.

60. — Les *retentiones ex dote*, ayant pour objet de déterminer la mission du juge chargé de liquider les droits des époux dans l'action en restitution de la dot, apparaissent surtout comme des moyens de défense opposés sur une poursuite ; elles ne constituent pas des moyens tirés du fond, car elles ne contredisent pas l'ob-

jet de la demande, ce sont des exceptions que le défendeur doit, sous peine de déchéance, faire insérer dans la formule.

Nous trouvons cependant dans les textes un certain nombre d'actions qui ont pour but de faire valoir les causes de retenue lorsque ces retenues n'ont pas été exercées au moment de la restitution de la dot. Est-ce à dire que les deux voies soient ouvertes ?

Pour certaines *retentiones* on peut répondre par l'affirmative ; néanmoins, jusqu'à Justinien, la voie des actions ne constitua qu'un accident de la procédure que nous étudions ; le mode d'exercice de beaucoup le plus fréquent fut la voie des exceptions.

Nous rechercherons successivement : 1° quelles *retentiones* on fait valoir par voie d'exception ; 2° quelles sont celles que l'on peut exercer par voie d'action.

61. — On peut poser en règle générale que toutes les *retentiones ex dote* sans réserve peuvent donner lieu à une exception.

Le mari poursuivi en restitution de la dot par l'action *rei uxoriæ* peut, sans contredire la demande, la paralyser en invoquant une cause de retenue légale et le magistrat, après un examen sommaire des circonstances de la cause doit insérer, dans la formule et sous forme d'exception, la *retentio* demandée.

Les exceptions dont il s'agit devaient très probablement être proposées dans l'Édit.

Comme elles reposaient sur des faits certains, faciles à vérifier, et qu'elles ne dépendaient aucunement des circonstances ou du pouvoir discrétionnaire du magistrat, la *cognitio causæ* devait être très rapide : on savait d'avance sur quoi elle porterait.

De telles exceptions appartenaient-elles à la classe des

exceptions de droit civil ou à la classe des exceptions prétorienne ? Il est assez difficile de le savoir. Cependant, si l'on admet que les *retentiones ex dote* durent leur origine à la loi fondamentale du régime dotal romain, on sera porté à décider qu'elles faisaient partie des exceptions de droit civil : « E legibus vel ex iis quæ legis vicem obtinent substantiam capiunt. » Cette explication est d'ailleurs en harmonie avec la tendance du législateur romain dans la matière de la dot : il agit par une série de transformations successives où la loi se corrige elle-même. L'exception née du droit civil n'est que le signe d'un droit de formation postérieure, plus conforme aux besoins de la pratique, mais qui n'a pas abrogé expressément le droit ancien à la permanence duquel il rend hommage.

Les exceptions auxquelles les *retentiones* donnent naissance ont nécessairement pour but de faire triompher l'équité : par suite, elles peuvent être remplacées par l'exception *doli mali* qui est générale, c'est-à-dire qui permet au juge de tenir compte de tous les faits qui constituent le demandeur en état de mauvaise foi, quels que soient leur nombre et leur nature. Alors même que le mari défendeur pourrait faire valoir plusieurs causes de retenue, et nous verrons plus loin dans quelle mesure il peut les cumuler, l'exception de dol lui épargne la peine de les faire insérer toutes dans la formule.

62. — Nous avons dit que toutes les *retentiones* peuvent être opposées par voie d'exception ; il en est même qui n'admettent que ce mode d'exercice.

C'est d'abord la *retentio propter liberos* : le mari ne peut profiter que par voie de rétention et jamais par voie d'action du sixième qui lui est attribué pour chaque enfant. C'est ce que nous dit Ulpien : « Non plures tamen quam

tres sextæ in retentione sunt, non in petitione. » *Reg.*, VI, 10. Au premier aspect, on pourrait induire de ce texte qu'il existe aussi une action, car il semble dire que le maximum de trois sixièmes n'a lieu que dans la rétention et non dans l'action. On arriverait à ce résultat bizarre, de faire obtenir au mari plus par l'action que par l'exception. Pour prévenir cette confusion, on a proposé de modifier la ponctuation de la phrase de la façon suivante : « Singulorum liberorum nomine sextæ retinentur ex dote; non plures tamen quam tres. Sextæ in retentione sunt, non in petitione. »

La *retentio propter impensas utiles* n'engendra elle aussi à l'origine qu'une exception. Le mari étant considéré dans l'ancien droit comme propriétaire des choses pour lesquelles il avait dépensé, on hésitait à admettre en sa faveur une action *mandati* ou *negotiorum gestorum*.

63. — Si la dot était réclamée, non plus par l'action *rei uxoriæ*, mais par l'action *ex stipulatu* le demandeur devait se heurter à une difficulté de procédure, lorsque le défendeur avait à invoquer des causes de retenue.

Cette dernière action ayant une formule à *intentio certa*, son objet ne pouvait pas être un *quantum* indéterminé : elle devait forcément porter sur une valeur dotale parfaitement certaine. Supposons que la femme poursuivant le mari ou ses héritiers, ceux-ci aient à faire valoir une *retentio* : par exemple, la dot se compose d'un fonds estimé dont le montant a été diminué *ipso jure* par des dépenses nécessaires. La femme doit, sous peine d'encourir la déchéance de la *plus petitio*, déduire de sa demande le montant de la créance du mari. Mais il ne lui sera pas toujours possible de connaître par elle-même le chiffre de sa dette, et d'autre part, elle ne doit pas, en

l'absence de toute preuve, ajouter foi aux allégations de son adversaire. Comment sortir de la difficulté ?

On l'a tranchée en proposant de voir ici une application du *præjudicium quanta dos sit* mentionné par Gaius (IV, 44). Avec l'action *rei uxoriæ*, on ne saurait comprendre l'utilité de cette action préjudicielle ; pour lui trouver une application logique, il faut forcément se placer dans l'hypothèse d'une restitution demandée *ex stipulatu*. La femme réclamant sa dot, le mari peut contester le montant de la demande et faire valoir des créances contraires qui diminuent d'autant la somme à restituer. Or, comment la femme connaîtra-t-elle le chiffre exact qu'elle doit mentionner dans la formule sous peine de *plus petito*, s'il n'a pas été déterminé à l'avance par une procédure préliminaire ? C'est là le but du *præjudicium quanta dos sit* qui, dans l'espèce, sert à fixer le montant des retenues auxquelles le mari a droit.

64. — Mais il dut perdre une grande partie de son utilité lorsque le droit classique eut admis la compensation sous la forme de l'exception de dol dans les *stricta judicia*. A partir de Marc-Aurèle, il semble bien que celles des *retentiones* qui avaient le caractère d'une créance ne devaient pas être exclues lorsqu'elles étaient opposées sur une poursuite *ex stipulatu*, car les causes qui donnaient naissance à ces retenues pouvaient au fond être considérées comme des causes de compensation. C'est ce que l'on peut induire : 1° de la L. 7-5 D., *Solut. matrim.*, XXIV, 3 : « Ob donationes, item ob res amotas, ex his fructibus, qui post divortium percepti sunt, compensationes fieri possunt » ; 2° de la L. 15-1 *eod.* : « Heredi mariti licet in solidum condemnentur, compensationes tamen, quæ ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus : veluti ob res donatas, et amo-

tas et impensas » ; 3° de la L. 66-1 *eod* : « Servis uxoris vir nummos in vestiarium dederat.... quod si vestimenta non redderentur, tum virum pretium in dotem compensaturum. »

Le mari pourra donc faire valoir ces *retentiones* comme toutes les autres causes de compensation à l'aide de l'exception *doli mali*, en se fondant sur ce principe que la bonne foi ne permet pas de réclamer ce qui est dû sans tenir compte de ce que l'on doit ; en conséquence, il aura le droit, comme un défendeur quelconque, de forcer le juge à compenser ses créances avec ses dettes. Une constitution d'Alexandre qui forme la L. 1-C. *rer. amot*, V. 21, ne laisse aucun doute à cet égard : « Compensationis æquitatem jure postulas : non enim prius exsolvi quod debere te constiterit æquum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit, eo magis quod ea te persequi dicis, quæ divortii causa amota quereris. Cum igitur apud judicem competentem ex stipulatu conveniaris : apud eundem doce tui juris res ablatas esse. »

65. — Bien que dans le droit classique les *retentiones ex dote* ne fussent pas exclues de l'action *ex stipulatu*, c'était surtout sur l'action *rei uxoriæ* qu'elles étaient opposées. Aussi quand cette action disparut, le mode d'exercice des *retentiones* par voie d'exception disparut également, et dans le droit de Justinien, on ne les voit plus fonctionner que sous forme d'action ou comme application du principe de la compensation. A vrai dire, il n'y avait plus alors de *retentiones* proprement dites, mais bien de véritables créances dont le recouvrement s'opérait par les voies du droit commun.

66. — Nous avons dit qu'avant la réforme de Justinien, les *retentiones* pouvaient aussi s'exercer à l'aide de certaines actions que les auteurs nous indiquent et dont l'u-

tilité se faisait surtout sentir lorsque le mari avait restitué la dot sans opérer de retenue.

67. — La *retentio propter liberos*, seule, ne donnait lieu à aucune action.

68. — Dans la *retentio ob mores*, nous voyons fonctionner à côté de l'exception et sous le nom de *judicium de moribus* une action destinée à punir l'inconduite de la femme, action à laquelle les textes font de rares allusions. Elle avait le caractère d'une poursuite fondée sur l'ordre public, car la L. 5-pr., *De pact., dot. D.*, XXIII, 4, l'appelle « publica coercitio », mais elle n'en était pas moins une action privée.

On sait peu de chose sur sa procédure. Le mari est libre de l'intenter ou de ne pas l'intenter, mais il ne peut pas d'avance, par une convention particulière, s'interdire le droit de l'exercer. De plus, le défendeur à cette action doit, quoique plaidant en son propre nom, fournir la *cautio judicatum solvi* : cette dérogation au droit commun vient de ce qu'ici le défendeur est suspect. Gaius, IV, 102.

A la différence des autres actions pénales privées, le *præjudicium de moribus* ne peut pas se cumuler avec l'action publique née du même délit. D'autre part, le mari qui a intenté l'action publique pour adultère ne peut plus y renoncer pour s'en tenir seulement à l'action privée *de moribus*. Papinien fonde cette décision sur le motif qui suit : « Non inique repelletur qui commodum dotis vindictæ domus suæ præponere non erubuit. » L. 11-3 D., *Ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5.

Le *præjudicium de moribus* était surtout utile lorsque la dot avait été restituée, en cas de divorce, sans que le mari eût retenu le sixième ou le huitième, selon le cas.

Cette application de l'action *de moribus* a cependant

été contestée, et on a essayé de soutenir que le mari ne pouvait jamais obtenir autrement que par voie d'exception le sixième ou le huitième auquel les mœurs de la femme lui donnent droit. Dans cette opinion le *præjudicium* dont il s'agit ne serait qu'une sorte d'action préjudicielle qui devrait être intentée avant la restitution de la dot pour constater la faute de la femme et fixer ainsi le droit du mari à la *retentio propter mores*.

A cette théorie, on a répondu que l'action *rei uxoriæ* étant de bonne foi, plus encore, *in bonum et æquum concepta*, le juge avait le pouvoir d'examiner les faits qui pouvaient motiver une compensation ou rétention sans qu'il fût besoin d'aucune action préalable. Ainsi envisagé, le *præjudicium de moribus* est plutôt une espèce de *contrarium judicium rei uxoriæ* pour le cas où la *retentio* n'a pas été exercée. La circonstance que la dot est déjà restituée n'empêche donc pas le mari d'obtenir la quotité à laquelle il a droit *propter mores*.

Quoi qu'il en soit, ce *præjudicium*, au dire de Justinien, était peu usité et il le supprima : « *Judicio de moribus, quod antea quidem in antiquis legibus positum erat, non autem frequentabatur penitus abolito.* » L. 11-2 C., *De repud. et jud. de mor.*, V, 17.

69. — En ce qui concerne les *res donatæ*, le droit d'intenter une action fut reçu sans difficulté.

Nous avons vu brièvement par quelles transformations passa la législation des donations entre époux : sauf de rares exceptions, ces donations sont entièrement nulles et dénuées d'effets. Par suite : 1° en cas de tradition, le donateur peut, ou revendiquer à toute époque sans avoir à craindre que le donataire n'usucape, ou, si la chose a été consommée, agir par la *condictio sine causa*.; 2° en cas de promesse, il n'est soumis à aucune

action, et, s'il a payé, il peut revendiquer ou exercer la *condictio* contre le donataire ; 3° enfin, en cas de remise de dette, même par acceptilation, il demeure créancier. L. 3-10, D., *De donat. int. vir et uxor.*, XXIV, 1 ; L. 48 *eod* ; L. 1-2, D., *Pro donat.*, XLI, 6.

Toutefois cette action *ob res donatas*, soit revendication, soit *condictio* peut ne pas être aussi favorable au donateur que la *retentio* qu'il exercerait au cas où la dot n'aurait pas été restituée. Ainsi : 1° il ne peut jamais par voie d'action obtenir une restitution supérieure au capital donné ; il n'a donc droit ni aux intérêts, ni aux fruits, et il est tenu de rembourser la valeur des améliorations qui proviennent du fait du donataire ; 2° l'époux donataire, attendu qu'il tient la chose du propriétaire lui-même, et que par là sa position est de beaucoup plus favorable que celle d'un détenteur ordinaire, ne peut jamais être dépouillé que du profit qui lui reste au jour de la *litis contestatio*. Si donc le donataire a employé les deniers donnés à acheter une chose de valeur très inférieure, il ne doit que cette valeur, et si la chose donnée a complètement péri par cas fortuit, il ne doit plus rien.

70. — Une action fut également accordée de bonne heure pour les *res amotæ*. Le vol commis au préjudice du mari par la femme ne donne pas lieu aux poursuites et aux peines auxquelles il donne lieu entre les autres personnes : on a pensé qu'à raison du lien qui unit les parties en cause, une simple action civile suffirait à la réparation du préjudice causé : « *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quæ uxor fuit : quia non placuit, cum ea furti agi posse : quibusdam existimantibus, ne quidem eam furtum facere, ut Nerva et Cassio, quia societas vitæ quodam modo dominam eam faceret ; aliis, ut Sabino et Proculo, furtum*

quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto jure : in qua sententia et Julianus rectissime est. » L. 1. D., *Reramot.* XXV, 2. En conséquence l'action *furti* a été remplacée par une double action.

Le vol a été commis *divortii causa*, c'est-à-dire en vue du divorce, et le divorce a suivi : la réparation s'obtient par l'action *rerum amotarum*, action en indemnité *rei persecutoria* et qui tient lieu de la *condictio furtiva*.

Le vol n'a pas été commis en vue du divorce, la réparation s'obtient par la revendication ou par la *condictio*. L. 25 *eod.*

Dans tous les cas, l'estimation devra être faite en se reportant à l'époque du vol, car bien que la femme soit traitée avec plus de douceur « *lenius coeretur* » la soustraction n'en a pas moins au fond les caractères du vol. L. 29 *eod.*

71. — Les trois actions que nous venons d'étudier sont les plus anciennes de celles qui ont été accordées au mari à côté de la voie des exceptions pour assurer le paiement de ses droits.

On a fait remarquer toutefois que le caractère propre des *retentiones* est d'être opposées sous forme d'exception et que les actions correspondantes doivent avoir une origine plus récente. Cette observation s'appliquerait surtout aux actions relatives aux *res donatæ* et aux *res amotæ*. « Ces actions une fois introduites, les rétentions correspondantes perdirent à peu près toute utilité pratique, si bien que Justinien en les supprimant ne supprima que de vains mots et ne changea presque rien au fond même de la législation » (1).

(1) Gide, *Revue de législation*, 1872, p. 160.

72. — Les actions relatives aux impenses furent introduites les dernières.

Pour les impenses nécessaires, la *retentio* par voie d'exception fut longtemps seule admise. Mais qu'arrivait-il si la dot avait été restituée tout entière sans qu'il eût été fait de retenue de ce chef ? Le mari pouvait-il réclamer par une *condictio* ce qui lui était dû ? Marcellus répondait affirmativement, mais la plupart des auteurs soutenaient une opinion contraire. Cependant, comme Marcellus avait pour lui l'équité, son opinion finit par prévaloir et Ulpien qui nous rapporte la controverse (L. 5-2, D., XXV, 1) se range à son avis. Cette *condictio indebiti* avait son fondement juridique dans ce fait que le mari avait rendu plus qu'il ne devait en restituant la dot entière au lieu d'une dot diminuée *ipso jure* de la somme dépensée. Mais pour avoir droit à cette *condictio* il faut évidemment qu'il se trouve dans le cas où la *condictio indebiti* peut naître, c'est-à-dire il faut qu'il ait payé par erreur croyant devoir. Mais s'il a payé sciemment, sachant qu'il ne devait pas, il se trouvera dans la condition de tout autre débiteur : il sera censé avoir fait une libéralité. Rien n'empêche en effet les époux de se faire une libéralité après la dissolution du mariage.

Jusqu'à Justinien, il n'y eut pas d'action correspondante à la *retentio propter impensas utiles* : la voie de la retenue était seule ouverte. On ne croyait pas en effet pouvoir admettre en faveur du mari les actions de mandat ou de gestion d'affaires, puisque la dépense avait été faite sur une chose dont il était propriétaire ; on ne pouvait pas non plus, s'il avait rendu la dot sans retenir les impenses lui donner la *condictio indebiti*, car les impenses utiles ne diminuant pas la dot de plein droit, il était impossible de dire qu'il avait payé plus qu'il ne devait.

Mais en supprimant les *retentiones ex dote*, Justinien donna au mari une double action pour le recouvrement des dépenses utiles, action *mandati* si elles ont été approuvées par la femme, action *negotiorum gestorum* dans le cas contraire. L. 4-5. C., V. 13.

Par quels moyens le mari peut-il faire valoir les impenses faites en dehors de la dot, que la L. 21, *Solut. matrim.*, nous signale ?

Il aura d'abord un droit de rétention, car l'action *rei uxoriæ* étant *in bonum et æquum concepta*, il appartient au juge de tenir compte de cette dépense, toute d'équité : tel est l'avis de Celse reproduit par Ulpien. L. 21, *eod.*

Que si le mari a payé la dot entière sans exercer de retenue, aura-t-il une action pour se faire indemniser ? On ne peut pas lui donner une *condictio indebiti* comme pour les impenses nécessaires qui diminuent de plein droit la dot, mais rien ne s'oppose à ce qu'on lui accorde une action de mandat ou de gestion d'affaires, car on ne peut pas dire, comme dans le cas de dépenses utiles, qu'il a fait sa propre affaire.

73. — En dehors de ces actions spéciales, correspondant chacune à un cas particulier, le mari avait à sa disposition un moyen d'une application plus large pour obtenir le remboursement de ses dépenses nécessaires ou utiles, ainsi que de toutes les créances qu'il pouvait avoir contre sa femme *dotis causa*.

L'édit des *tribuni plebis* lui permettait en effet de ne restituer la dot qu'après avoir stipulé le remboursement de ses dépenses. « Si le mari, dit Ulpien, s'est obligé pour la femme ou a fait une dépense pour la chose de celle-ci, il a soin ordinairement, lors du divorce, de prendre ses sûretés à cet égard par la stipulation tribunitienne ». *Reg.*, VII, 3. Le but de cette *stipulatio tribuni-*

tiana nous est également indiqué par Paul. L. 25-4, D., XXIV, 3, et L. 55 *eod.*

On croit qu'elle fut introduite avant l'organisation régulière des *retentiones*, à l'époque où rien ne limitait encore la mission du juge dans la détermination du « quid æquius melius » ; mais elle se maintint à côté des *retentiones*, parce qu'elle avait l'avantage d'assurer une action au mari et d'enlever tout danger à une restitution faite sans retenue.

Ce cas peut se présenter fréquemment. Il suffit de supposer que la femme n'ayant pas actuellement les moyens de rembourser la dépense et éprouvant un besoin pressant des choses qui composent sa dot, le mari consent à restituer ces choses de suite, sans se prévaloir du droit de rétention.

Dans le droit nouveau, l'application de cette stipulation devient plus importante encore : le mari n'a plus le droit d'exercer une retenue du chef des impenses utiles ; il a donc intérêt à exiger que la femme promette de l'indemniser.

L'utilité de la *cautio tribunitiana* peut enfin être envisagée à un troisième point de vue. Le mari, bien qu'il se soit obligé pour la femme, peut n'avoir encore rien déboursé qu'il puisse retenir sur la dot ; peut-être même n'aura-t-il que beaucoup plus tard ou n'aura-t-il jamais à déboursé quelque chose si l'obligation est conditionnelle. La stipulation tribunitienne lui est indispensable pour se faire promettre que la femme le remboursera si la condition se réalise.

74. — A la poursuite par voie d'action des *retentiones ex dote* se rattache le bénéfice de compétence dont jouit l'époux poursuivi dans ses rapports avec l'autre époux. « En principe, l'étendue des condamnations judiciaires se

mesure au droit du demandeur et non pas aux moyens du défendeur. Par dérogation à cette règle, on accorde à certaines personnes de n'être condamnées que jusqu'à concurrence de leur avoir, et, par conséquent, d'échapper à toute condamnation si elles n'ont absolument rien. Cette faveur a pour but de soustraire le défendeur à l'emprisonnement que lui ferait encourir une condamnation qu'il ne pourrait pas éviter. » On la fait valoir au moyen de l'exception *quod facere potest* dans laquelle le défendeur ne nie pas le droit de son adversaire, mais cherche seulement à écarter ou à restreindre la condamnation.

Dans l'espèce qui nous occupe, la femme poursuivie par le mari, pour l'une des causes qui auraient pu donner lieu à rétention d'une partie de la dot, sera en droit de lui opposer l'exception *quod facere potest*. Ce ne fut pas sans hésitation que l'on permit d'invoquer cette exception à l'encontre de l'action *ex stipulatu*. A l'origine, elle était restreinte au cas où l'action tendait à faire exécuter une promesse de dot (L. 17-1, *Solut. matrim.*) ; mais un rescrit d'Antonin le Pieux ayant décidé que le mari jouirait du bénéfice de compétence dans toute action contractuelle, ce bénéfice fut également admis au profit de la femme dans toute action née d'un contrat au cours du mariage. L. 20, D., *De re judicat.*, XII, 1.

Si donc nous supposons la femme poursuivie par une *condictio* soit *ob res amotas*, soit *ob res donatas* ou *ob impensas*, elle pourra faire réduire la condamnation à la mesure de ses moyens en opposant l'exception.

Pourrait-elle l'opposer sur l'action née de la *cautio tribunitiana*? L'affirmative n'est pas douteuse si la promesse a été faite par la femme au cours du mariage en vue d'indemniser le mari des obligations contractées

pour elle. Mais si cette stipulation n'est intervenue qu'après la dissolution du mariage, au moment de la restitution de la dot, la négative semble bien résulter de la L. 35, D., *De negot. gest.*, III, 5, car il s'agit là d'un contrat postérieur au mariage et par suite soumis au droit commun.

III. Du cumul des *RETENTIONES*.

75. — Il pouvait arriver que le mari eût à faire valoir en même temps plusieurs *retentiones ex dote* par voie d'exception ou que plusieurs actions lui fussent ouvertes. Pouvait-il les cumuler ou était-il contraint de choisir et de se borner à exercer la plus avantageuse ?

76. — Le seul texte qui puisse servir à résoudre cette question est un passage très obscur d'Ulpien, lequel a donné lieu à une importante controverse. Le voici : « *Dos quæ semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit* ». *Reg.*, VI, 11. Il importe de rechercher le sens exact de cette disposition pour établir la théorie du cumul des *retentiones*.

Deux explications principales ont été proposées.

77. — Dans une opinion, on dit : la dot qui a cessé d'être dot ne peut pas le redevenir si ce n'est pour un nouveau mariage ; le mariage renouvelé, la dot est reconstituée tacitement. Cette interprétation s'appuie sur le texte même d'Ulpien : « *Dos quæ functa est* » ; c'est une dot qui a servi, qui a rempli sa fonction de dot ; « *semel et amplius* » se rapportant à deux événements successifs, un mariage dissous et un mariage nouveau. Le jurisconsulte veut dire qu'une dot qui s'est une fois acquittée de sa fonction ou qui a rempli sa destination

ne peut plus avoir la même fonction, c'est-à-dire être traitée comme dot s'il n'intervient pas un nouveau mariage. On ajoute : la place même qu'occupe notre texte indique bien que tel est le sens qui doit lui être attribué. Dans le § 10, Ulpien détermine la quotité de la retenue que le mari peut exercer *propter liberos*. Cette retenue ne peut avoir lieu que par voie d'exception. Pourquoi ? C'est le § 11 qui nous le dit et qui complète ainsi la règle : parce que la dot, une fois sortie des mains du mari et rendue à la femme a cessé d'être dot, et qu'en conséquence, elle ne peut plus être l'objet d'une demande qui présupposerait la qualité de dot. Les deux textes s'enchaînent et se complètent l'un par l'autre.

78. — Une autre interprétation a été proposée qui voit dans le passage d'Ulpien la règle même du cumul des *retentiones ex dote*. Dans cette explication qui est la plus généralement admise, on traduit « dos quæ functa est » par dot qui a été soumise à une rétention. Ce qui fortifie cette manière de voir, c'est que Paul emploie le mot « fungi » dans le même sens : « Functio dotis pacto mutari non potest ; quia privata conventio juri publico nihil derogat. » *Sent.*, I, 4-6.

La règle formulée par Ulpien est donc la suivante : une dot qui a subi une *retentio* ne peut pas en subir une seconde.

79. — Mais cette explication admise, faut-il s'en tenir à la lettre du texte et poser en principe que les *retentiones* ne peuvent pas se cumuler, quelque différentes que soient leurs causes respectives ?

Cette opinion pourrait sans doute se soutenir, s'il était vrai que les *retentiones* ou les actions qui leur correspondent eussent le caractère de peines. Mais nous avons vu que, s'il en est ainsi pour quelques-unes, les

autres, et elles forment le plus grand nombre, ne sont que la sanction d'une dette.

Aussi admet-on généralement qu'en proscrivant le concours des retenues ou des actions, Ulpien n'entend exclure que celles qui ont un même but et qui, exercées à la fois, infligeraient à une seule et même faute une double peine. Telles sont la *retentio propter liberos* et la *retentio propter mores*. Le cumul des autres *retentiones* est possible, car elles ont pour objet de donner satisfaction à des intérêts différents. Le mari pourra donc retenir à la fois *ob res donatas* et *ob mores*, ou *ob liberos* et *propter impensas*, ou encore agir *de moribus* et *rerum amotarum*, ou enfin retenir *ob liberos* et agir par *condictio* ou en revendication à raison d'une chose donnée.

80. — La question du cumul ou du non-cumul ne se pose donc sérieusement qu'au sujet des *retentiones ob liberos* et *ob mores*.

Sur ce point, deux opinions sont en présence.

81. — Le divorce a été amené par l'inconduite de la femme et il existe des enfants issus du mariage. La femme devra-t-elle perdre, à raison de chaque enfant, un sixième de sa dot, et, en outre, à raison de sa faute, un sixième ou un huitième ?

Non, répond-on dans le premier système, ce sera au mari de choisir l'une ou l'autre de ces retenues, car la dot n'est point passible des deux retenues cumulativement : « *Dos quæ semel functa est, amplius fungi non potest,* »

Le plus souvent, le mari aura intérêt, quand il existera des enfants, à invoquer la retenue *propter liberos*, car elle lui procurera une quote-part, dans tous les cas égale, et quelquefois supérieure à celle qu'il pourrait obtenir par la retenue *propter mores*. La première, en

effet, est toujours d'un sixième au moins, de trois sixièmes au plus, tandis que la seconde n'est jamais que d'un sixième ou d'un huitième. De plus, la première est d'une application beaucoup plus large que la seconde : la *retentio ob liberos* s'entend, en effet, non seulement d'une faute contre les mœurs, mais aussi d'une faute consistant à avoir répudié son conjoint sans motif, tandis que la faute qui donne lieu à la *retentio ob mores* ne s'entend que d'une faute contre les mœurs. Avec ce double avantage : plus étendue dans sa quotité, plus compréhensive dans ses causes, la *retentio propter liberos* sera donc toujours préférée par le mari quand il aura des enfants : la *retentio ob mores* ne sera invoquée que par celui qui n'aura pas d'enfants.

Il pourra arriver cependant, même quand il y aura des enfants, que le mari se trouve réduit à se prévaloir de la quotité la plus faible que lui assure la *retentio ob mores*. C'est dans le cas où il aurait restitué la dot sans exercer la *retentio ob liberos*. Comme les sixièmes auxquels il a droit à ce titre ne peuvent être l'objet que d'une rétention et non d'une action, il réclamera le sixième ou le huitième qui lui est accordé *ob mores* par le *præjudicium de moribus*.

82. — Dans le second système, on va plus loin.

Le concours a lieu entre les deux rétentions *propter liberos* et *propter mores* comme entre les autres *retentiones*, et non seulement le cumul de ces deux retenues est possible, mais il est de plus nécessaire. On rappelle à ce propos le principe suivant : lorsqu'un même fait donne naissance à des délits différents, les actions qui se rattachent à ces délits se cumulent d'une façon absolue si elles sont l'une et l'autre pénale ou l'une pénale et l'autre mixte ; un délit ne saurait être effacé en effet par un autre délit, et

il n'y a aucune raison pour ne pas les punir tous. Cette règle doit s'appliquer non seulement aux actions, mais aussi aux autres moyens par lesquels on obtient une peine privée, par conséquent aux rétentions. L'application est d'autant plus indispensable que sans elle il n'y aurait pas d'égalité entre la punition du mari et celle de la femme dans le cas d'un divorce occasionné par la faute de l'un ou de l'autre. Le mari, quand il donne lieu par sa faute au divorce, est puni doublement : d'abord, par la restitution anticipée de la dot ou par la perte d'une quantité proportionnelle des fruits déjà perçus, ensuite, par la privation de la rétention à raison des enfants qu'il devra élever à ses frais. Il faut donc, pour établir l'égalité, que la femme qui amène le divorce par sa faute, soit punie par une double rétention sur sa dot, c'est-à-dire tout à la fois par la *retentio propter mores* et par la *retentio propter liberos*.

Ce système nous semble moins sûr que le précédent ; la base sur laquelle il s'appuie peut en effet être contestée.

Est-il vrai qu'il y ait dans l'espèce deux délits différents, dérivant d'un même fait ? Ne serait-ce pas plutôt un même délit prévu et frappé sous deux noms différents, d'une peine plus forte et proportionnelle dans la *retentio propter liberos*, d'une peine moindre et fixe dans la *retentio ob mores* ? S'il en est ainsi, et il est difficile de le contester, on peut opposer au principe invoqué dans l'opinion adverse une autre règle qui, elle aussi, domine la théorie des actions pénales : quand un même délit est prévu et puni sous deux noms différents, comme la *rapi-na* et le *furtum* par exemple, et notre espèce est analogue, les deux actions pénales sont traitées comme deux actions *rei persecuendæ gratia* : si la plus avanta-

geuse est exercée la première, elle éteint l'autre pour le tout.

IV. *Transmission des* RETENTIONES.

83. — Ce n'est pas seulement entre le mari et la femme que la liquidation des droits dotaux peut avoir lieu ; si l'un d'eux vient à mourir, les parties en cause changent et les bases du règlement de comptes peuvent être modifiées. D'où la question suivante : le mari ou la femme venant à mourir après le divorce, le droit d'exercer et l'obligation de subir la retenue se transmettent-ils à leurs héritiers ?

Il faut distinguer.

84. — S'il s'agit des retenues fondées sur un intérêt pécuniaire, il est certain que le mari peut opposer au père qui réclame la dot profectice les rétentions auxquelles il a droit pour les choses données, pour celles que la femme a détournées ou pour les impenses faites sur la dot. La dot restituée, il pourrait agir par les actions correspondantes que la loi lui accorde.

La décision est la même lorsqu'il s'agit d'une *dos receptitia* réclamée par les héritiers de la femme. Il faut remarquer toutefois que, dans ce dernier cas, les héritiers de la femme sont traités moins favorablement qu'elle, car ils ne jouissent pas du bénéfice de compétence.

Quant au père de la femme, on pourrait croire, sur la foi d'un texte, qu'il jouit dans l'espèce de l'exception *quod facere potest*. Paul, reproduisant un avis de Neratius, semble en effet la lui accorder sans distinguer à quelle époque il est poursuivi. L. 17-pr., *Solut. matrim.* Mais la L. 22, *De re judic.*, rétablit les véritables principes. Le

père de la femme ne jouit dans le cas qui nous occupe d'aucune faveur ; l'exception ne lui profite qu'autant qu'il est poursuivi au cours du mariage en exécution d'une promesse de dot.

Les héritiers du mari jouissent, pour l'exercice des *retentiones* qui leur sont transmises, des mêmes droits que leur auteur. Paul nous le dit très clairement : « *Herediti mariti, licet in solidum condemnetur, compensationes (retentiones) tamen, quæ ad pecuniariam causam respiciunt, proderunt, ut hoc minus sit obligatus : veluti ob res donatas et amotas.* » L. 15-1, D., *Solut. matrim.*, XXIV, 3.

85. — La retenue *propter mores* ne saurait au contraire être transmise aux héritiers du mari ni s'exercer contre ceux de la femme ; elle est la réparation d'une offense et suppose l'un et l'autre époux en présence : l'un d'eux disparaissant, la *retentio* disparaît.

Il en est de même de l'action *de moribus*, bien qu'elle soit une action privée. La raison en est que, outre son caractère d'action pénale privée, elle est aussi, en un certain sens, fondée sur un motif d'ordre public ; le but principal que l'on poursuit en l'exerçant est moins une indemnité pécuniaire que la réparation d'une offense : à quel titre les héritiers du mari profiteraient-ils d'une action destinée à venger une injure qui ne les a pas atteints ?

86. — La retenue *propter liberos* est soumise à des règles particulières : elle est transmissible passivement, mais non activement.

Comme elle est fondée sur ce fait que la charge des enfants reste au mari, celui-ci seul a le droit de l'exercer. Il peut le faire d'abord contre la femme, comme nous l'avons déjà vu : la *retentio* présente alors à la fois un caractère

pénal au regard de cette dernière et un caractère alimentaire au profit des enfants. Il peut l'exercer également contre les héritiers de la femme : dans ce cas la retenue, qui est d'un cinquième par enfant *in infinitum*, a uniquement un caractère alimentaire.

C'est grâce à cette nature à double face que la *retentio propter liberos* peut être exercée aussi bien à l'encontre des héritiers de la femme qu'à l'encontre de la femme elle-même.

Mais le droit à cette retenue ne se transmet pas activement ; deux raisons s'opposent à ce que les héritiers du mari puissent l'exercer ; ils n'ont aucune réparation à exiger de la veuve, et, d'autre part, la charge des enfants ne leur incombe pas.

V. Influence du legs de la dot sur l'exercice des

RETENTIONES.

87. — Il est intéressant de rechercher dans quelle mesure le mari peut modifier par ses dispositions testamentaires la quotité des retenues que ses héritiers auront le droit d'opposer à la femme.

Par le legs de la dot ou *relegatio dotis*, on sait que le mari confère à la femme un premier avantage qui consiste à avancer l'époque de la restitution. Dans le droit classique, la dot ou la portion de la dot qui consiste en choses fongibles n'est restituable qu'en trois termes séparés les uns des autres par un intervalle d'une année et dont le premier n'échoit qu'après la dissolution du mariage. Dans le droit de Justinien, la femme doit attendre pendant un an la restitution des meubles. Grâce au legs, au contraire, soit dans le droit classique, soit sous Justi-

nien, elle obtient dès l'addition d'hérédité la restitution immédiate de sa dot entière.

Mais c'est surtout au point de vue des *retentiones* que nous avons à rechercher l'effet du legs de la dot.

88. — Ce legs ne produit aucun effet sur la rétention pour impenses nécessaires. L'héritier du mari poursuivi par l'action *ex testamento* pourra, tout aussi bien que sur l'action *rei uxoriæ*, opposer la *retentio*, car de telles dépenses diminuent la dot de plein droit. Marcien nous le dit expressément : « Dote relegata, non est heres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre, vel ob impensas alias quam quæ ipso jure dotem minuunt. » L. 5, D., *De dot. præleg.*, XXXIII, 4. Ainsi le mari ayant fait des dépenses qui diminuent de plein droit la dot, le legs de la dot est diminué d'autant.

89. — C'est surtout à l'occasion des dépenses utiles que la *relegatio dotis* modifie profondément la liquidation telle qu'elle est établie par le droit commun.

Le texte de Marcien prouve en effet que dans l'action *ex testamento* la femme n'a pas à craindre les retenues *propter impensas utiles* qu'elle subirait dans l'action *rei uxoriæ*. Les mots : « Impensas alias quam quæ ipso jure dotem minuunt » désignent à n'en pas douter les dépenses utiles. D'ailleurs, l'auteur complète sa pensée en disant : « Aliud est enim minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit ; aliud pignoris nomine retineri dotem ob ea, quæ mulierem invicem præstare æquum est. » L. 5, *eod.*

Pendant un passage de Javolenus semble contredire cette solution : « A me herede uxori meæ ita legatum est : quidquid propter Titiam ad Seium dotis nomine pervenit, tantam pecuniam Seius heres meus Titiae det. Quæro an deductiones impensarum fieri possint, quæ fierint si

de dote ageretur? Respondit : non dubito quin uxori suæ quod ita legatum est, a te heres peto, quidquid ad te pervenisset, ut tantum ei dares, tota dos sine ratione deductionis impensarum debeatur. Non autem idem jus servari debet ex testamento extranei, quod servatur in testamento viri qui dotem uxori relegavit : hæc enim taxationis loco habenda est : quidquid ad te pervenit ; illic autem (ubi vir uxori relegat) id videtur legare, quod in iudicio dotis mulier consecutura fuerit. » L. 44-4 D., *De legat.*, XXXI, 1.

A première vue, ce texte semble dire que le mari ne peut pas léguer à sa femme autre chose que ce que lui donnerait l'action *rei uxoriæ*. Mais les interprètes les plus autorisés admettent qu'il faut retrancher comme ajoutés par un glossateur inintelligent les mots : « Ubi vir uxori relegat. » Dès lors, la contradiction apparente se dissipe. Le jurisconsulte établit un parallèle entre le legs de la dot fait par le mari à sa femme et le même legs mis par un tiers à la charge du mari institué.

Dans le premier cas, le legs comprend tout ce que la femme *demanderait* par l'action *rei uxoriæ*, c'est-à-dire la dot entière, diminuée sans doute des impenses nécessaires, puisque ces dépenses diminuent la dot de plein droit, mais sans déduction des dépenses utiles ; en disant « tota dos sine ratione deductionis impensarum » le texte ne se réfère en effet qu'à des dépenses utiles.

Dans le second cas, au contraire, le tiers n'a pas pu dégager la femme de l'obligation que lui imposent les dépenses utiles faites par le mari et elle doit en subir la déduction ; elle n'a donc droit qu'à ce qu'elle *obtiendrait* par l'action *rei uxoriæ* « id videtur legare quod in iudicio dotis mulier consecutura fuerit. »

90. — Le legs de la dot permet également à la femme

de ne pas subir la *retentio propter res donatas*. Marcien, dans le texte déjà cité est formel sur ce point : « Non est heres audiendus si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre... » Cette décision n'est d'ailleurs que la conséquence forcée de la règle d'après laquelle la donation entre époux, nulle en principe, devient valable par une confirmation testamentaire expresse : le legs de la dot vaut confirmation de ces donations. Il en fut de même, à plus forte raison, lorsque plus tard, vers la fin du règne de Septime-Sévère, le célèbre sénatus-consulte connu sous le nom d'*Oratio Antonini* eut admis la confirmation tacite de ces donations par le prédécès du donateur.

91. — Sur la *retentio propter res amotas*, les textes ne s'expliquent pas. Mais en raisonnant par analogie, on pourrait peut-être étendre à cette retenue la règle formulée par Marcien pour la *retentio ob impensas necessarias* et la regarder comme admissible, nonobstant le legs de la dot. D'après le droit commun, les héritiers du mari peuvent en effet répéter les choses détournées par la femme. L. 6-5, *De act. rer. amot.*, D., XXV, 2; L. 22-1, *eod.* Or, quelle raison Marcien donne-t-il (L. 25, *De dot. præleg.*) pour dispenser celle-ci de subir la *retentio ob impensas utiles*? C'est qu'une telle restitution de la part de la femme n'est fondée que sur l'équité, d'où il suit que la volonté expresse du mari suffit à l'empêcher. Mais il n'en est plus de même de la *retentio propter res amotas* : nous avons vu en l'analysant qu'elle n'est pas uniquement fondée sur l'équité et qu'elle présente aussi les caractères d'une créance, puisque déjà l'ancien droit l'avait munie d'une action. Il n'y a donc aucune témérité à l'assimiler, dans l'espèce, aux dépenses nécessaires.

92. — La question ne peut pas se poser pour les *re-*

entiones propter liberos et propter mores. Ces deux retenues fondées sur des causes personnelles au mari supposent l'action *rei uxoriæ* exercée contre lui-même. Or, pour rechercher l'influence du legs de la dot, il faut supposer l'action dirigée contre les héritiers du mari.

VI. De l'édit DE ALTERUTRO.

93. — Le mode d'exercice des *retentiones ex dote* peut enfin se trouver modifié par l'application d'une disposition prétorienne connue sous le nom d'Edit *de alterutro*.

Il faut supposer que le mariage s'étant dissous par la mort du mari, celui-ci a laissé un legs à la femme, et que, d'autre part, cette dernière a droit à la reprise de sa dot. L'Edit du préteur ne permet pas à la veuve de cumuler ces deux avantages : elle ne peut que choisir. Si donc elle s'en tient au legs, l'acceptation entraîne l'extinction de l'action *rei uxoriæ* et, par suite, les héritiers du mari n'ont pas à exercer les retenues dont la femme se trouve grevée envers leur auteur.

Il peut arriver cependant que la valeur du legs soit supérieure au capital de la dot, et alors on peut se demander si les héritiers du mari n'auraient pas le droit, dans ce cas particulier, de considérer le legs comme un legs de la dot proprement dit et de faire valoir sur l'action *ex testamento* les causes de retenue qui diminuent de plein droit le montant de la dot. Les textes sont muets sur cette hypothèse, mais comme nous sommes dans une matière toute d'équité, on pourrait peut-être répondre dans le sens de l'affirmative.

Chapitre V

DES DROITS DE LA FEMME CORRESPONDANTS A CEUX DU MARI.

94. — Nous avons étudié jusqu'ici les *retentiones* que le mari a le droit d'exiger lors de la restitution de la dot. Il reste à rechercher maintenant si la femme peut avoir, en vertu des cinq causes qui ont été énumérées, des droits correspondants à ceux du mari.

La question qui se pose est la suivante : les mêmes faits qui, se produisant de la part de la femme donnent lieu à une *retentio* en faveur du mari, peuvent-ils, se produisant de la part du mari, engendrer une indemnité au profit de la femme ?

Il va de soi que cette indemnité, dans le cas où elle sera possible, ne pourra jamais avoir la forme d'une *retentio*. La femme n'ayant rien à rendre au mari ne pourra rien retenir ; il faudra donc forcément avoir recours à une action.

95. — Il est certain, tout d'abord, que la femme n'a aucun droit qui corresponde à la *retentio propter liberos*. Nous lisons, en effet, dans Cicéron, *Topic.*, ch. IV : « Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuntium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet. » Il n'y a de peine formellement prononcée que contre la femme.

On pourrait penser cependant, qu'en cas de divorce

survenu par sa faute, le mari subit lui aussi une peine, puisque la retenue *propter liberos* lui est refusée, bien que la charge des enfants lui reste. Mais comme le fait remarquer M. Pellat : « Il est plus exact de voir dans la non-existence de la *retentio propter liberos*, en cas de faute du mari, non une punition infligée à celui-ci, mais un simple retour au droit commun, puisque cette rétention n'existe pas non plus au cas où il n'y a faute ni du côté du mari ni du côté de la femme. »

96. — Il en est autrement *propter mores*.

L'inconduite du mari n'est pas ici dépourvue de sanction ; ses fautes sont punies comme celles de la femme, mais sa peine est réglée différemment. Ulpien la détermine de la façon suivante : « *Mariti mores puniuntur ; in ea quidem dote quæ annua bima trima die reddi debet, ita ut propter majores mores præsentem reddat, propter minores senum mensum die. In ea autem quæ præsens reddi solet tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote, quæ triennio redditur, repræsentatio facit.* » *Reg.*, VI, 13.

Ainsi deux cas sont à considérer.

S'agit-il d'une dot de quantités que le mari doit rendre par tiers en trois ans, la peine consistera à la rendre sur-le-champ si la faute est grave, par tiers de six mois en six mois si la faute est légère. Dans le premier cas, le remboursement sera avancé de trois ans ; dans le second cas, de dix-huit mois.

S'agit-il d'un corps certain que le mari doit restituer aussitôt après la dissolution du mariage, la peine consiste à rendre d'abord la dot elle-même ; puis, sur les fruits, une quantité correspondante au temps dont la restitution est avancée pour la dot remboursable en trois ans. Ainsi, outre les choses dotales, le mari devra rendre, en cas de

faute grave, les fruits de deux années, en cas de faute légère, les fruits d'une année.

Les peines infligées *ob mores* consistent donc : pour la femme, dans la perte du sixième ou du huitième de la dot, pour le mari dans la privation de la jouissance de cette dot, ou dans le remboursement anticipé de revenus non encore échus.

On a cherché à démontrer que ces peines frappaient les époux également, et de savants interprètes se sont livrés sur ce point à des calculs très ingénieux, mais très compliqués. Nous ne pensons pas qu'il soit utile de les reproduire. Il suffit pour réfuter ce système de constater avec M. Pellat que « là où la femme perdrait un sixième ou un huitième de son capital dotal, le mari ne perdra que deux ans ou un an du revenu de ce capital... et que, du plus grave au moins grave, la peine varie dans la proportion d'un sixième à un huitième pour la femme et de deux à un pour le mari ». D'où il suit que ces peines ne sont ni égales d'un époux à l'autre, ni proportionnelles entre elles dans les deux cas.

La femme qui a droit à ces indemnités peut les exiger, soit par voie de restitution anticipée devant le juge de l'action *rei uxoriæ*, soit par l'action *de moribus*, qui très probablement lui appartenait dans les mêmes conditions qu'au mari. Toutefois, si l'inconduite est réciproque, toute action s'évanouit de part et d'autre. L. 39, D., *Solut. matrim.*, XXIV, 3; L. 47, *eod.*

97. — La femme ne peut jamais avoir de droits qui correspondent à la *retentio propter impensas*. Cette retenue suppose des dépenses faites sur des biens soumis à restitution. Or, la femme, n'ayant rien à rendre, n'a rien sur quoi elle puisse faire des impenses, et partant, pas d'indemnité à réclamer.

98. — Au contraire, tout ce qui a été dit des *res donatæ* et des *res amotæ* s'applique aussi bien à la femme qu'au mari.

Elle peut donc agir *propter res donatas* par la revendication ou par la *condictio sine causa*; et *propter res amotas* par l'action *rerum amotarum* dans les cas qui permettraient au mari d'exercer ces actions ou d'opposer les exceptions qui leur correspondent.

Dans ces diverses hypothèses, le mari jouit du bénéfice de n'être condamné que dans la mesure de ses moyens, car il s'agit là d'obligations contractées au cours du mariage; mais cette faveur lui est toute personnelle : ses héritiers sont tenus *in solidum*.

DROIT FRANÇAIS

DU PRINCIPE

DE LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS

MATRIMONIALES

NOTIONS PRÉLIMINAIRES

1. — La loi règle l'association conjugale à un double point de vue : quant aux personnes et quant aux biens. L'union des personnes forme le mariage proprement dit ; le règlement de leurs rapports pécuniaires forme le contrat de mariage. Ces deux institutions que notre Code a eu le tort de séparer sont liées entre elles d'une façon étroite et font partie du droit de famille ; le contrat de mariage ne saurait exister sans le mariage, il en est l'accessoire et la conséquence nécessaire.

Ce n'est pas à dire cependant que la loi doive régler avec une égale précision ces deux espèces de contrats.

2. — Le mariage proprement dit relève plutôt de la morale et de la conscience que du droit positif : aussi le législateur n'intervient-il que dans un intérêt social, pour déterminer les conditions et les garanties de l'union personnelle des époux, pour fixer les droits et les obligations qui en découlent, pour indiquer ses modes de dissolution, et enfin pour assurer la fidélité et la cohabitation

de la femme. Mais si la loi ne s'impose ici que dans une mesure restreinte, tout ce qu'elle établit est de rigueur. Les époux ne peuvent en aucune manière déroger par la convention à des dispositions qui reposent sur l'ordre public.

3. — Le contrat de mariage est d'une autre nature. Il ne crée et ne règle que ses intérêts purement civils et pécuniaires qui sont d'ordre privé et qui, par suite, appellent de plus près l'attention du législateur.

C'est en effet plutôt dans le droit de famille appliqué aux biens que dans le droit de famille pur que le droit positif trouve son véritable domaine.

Mais par cela même qu'il ne s'agit ici que d'intérêts privés, la loi permet aux parties de régler comme elles l'entendent leurs conventions matrimoniales, et pour faciliter leur tâche, elle leur propose un ensemble de dispositions destinées à servir de type à leur acte d'association. La volonté des parties est toute-puissante, pourvu, bien entendu, qu'elle ne fasse pas échec aux principes d'ordre public que la loi a établis.

Les époux peuvent choisir parmi les régimes matrimoniaux qui leur sont offerts celui qui convient le mieux à leurs intérêts; ils peuvent les modifier, les combiner à leur gré. S'ils ne le font pas, la loi choisit pour eux. Il est en effet nécessaire qu'il y ait entre les époux un règlement de leurs intérêts pécuniaires. Des obligations multiples naissent du mariage : les époux sont obligés de nourrir, entretenir et élever leurs enfants; le mari est tenu de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état. Il y a donc des devoirs communs aux époux. Comment les remplissent-ils, dans quelle mesure doivent-ils y contribuer l'un et l'autre? Quelle est au juste la capacité et

la responsabilité de la femme ? A l'aide de quels biens feront-ils face aux obligations que la loi leur impose ? Comment ces biens seront-ils administrés ? C'est ce qu'il importe au plus haut point de savoir. Les époux devront le décider eux-mêmes et, à défaut d'une manifestation de leur volonté, la loi le fait pour eux. C'est ce que dit expressément l'article 1387 du Code civil : « La loi ne régit l'association conjugale quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et en outre sous les modifications qui suivent. »

Les conventions matrimoniales sont donc libres. La volonté peut tout ce qui n'est pas contre les bonnes mœurs, les lois de la nature et l'ordre public.

Ce principe n'était pas admis d'une façon aussi large dans nos anciennes coutumes. Né vers la fin du xvi^e siècle, il se développa lentement sous l'effort de la doctrine et de la jurisprudence, plutôt que sous celui de la législation et il ne reçut sa pleine consécration que du Code lui-même.

4. — Nous nous proposons dans cette étude :

1° De rechercher l'origine de ce principe dans le droit coutumier ;

2° De définir le système adopté par le Code au sujet de la liberté des conventions matrimoniales ;

3° De déterminer les modifications que la convention des parties peut apporter aux règles du droit commun ;

4° D'indiquer les principales combinaisons des régimes matrimoniaux ;

5° De dégager le véritable caractère du régime auquel les époux sont soumis à défaut de conventions expresses ;

6° De montrer quelle loi doit régler, dans le droit international privé les intérêts pécuniaires des époux.

Chapitre premier

ORIGINE DU PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

5. — Avant de rechercher les causes qui firent admettre la liberté des conventions matrimoniales, et pour bien comprendre à quelles nécessités ce principe vint répondre, il importe d'examiner tout d'abord le caractère du régime matrimonial, tel qu'il était pratiqué dans les pays de coutume avant le xvi^e siècle.

Le droit primitif ne connut pas la distinction que la loi moderne établit entre le mariage proprement dit où tout est de rigueur et le règlement des intérêts pécuniaires où la volonté des parties est souveraine. L'association conjugale était une : par le seul fait du mariage, il se produisait entre époux une association quant aux biens, analogue à l'association des personnes. C'était la communauté de biens, institution vraiment française, née sur notre sol et qui n'a emprunté aux coutumes germaniques ou à la législation romaine que quelques dispositions d'un ordre secondaire. Il suffit de se reporter aux origines de cette institution pour comprendre qu'elle s'imposât comme une obligation à laquelle les parties ne pouvaient échapper.

6. — La communauté de biens entre époux est née de la pratique des communautés taisibles entre roturiers.

L'association se rencontre partout au moyen âge, elle

est en quelque sorte la caractéristique de cette période de transition.

Dans les communautés de serfs et de gens de mainmorte, on voit les membres d'une même famille servile vivre en société perpétuelle sur le domaine qu'ils tiennent du seigneur, mettant en commun leurs meubles et conquêts, travaillant ensemble et échappant ainsi à la mainmorte.

Dans les familles libres, il suffit que deux membres quelconques majeurs de vingt ans, demeurent en ménage commun pendant un an et un jour, tenant leurs biens ensemble et se faisant communication de leurs gains pour que la coutume présume entre eux une association tacite ou taisible. Ces associations, fréquentes d'abord dans les campagnes, se répandirent également dans les villes, et, dès la fin du ^{xiii}^e siècle, la pratique en était générale. La communauté était régie par l'un de ses membres désigné par la coutume ou par les circonstances. A sa dissolution, le partage se faisait entre les communistes en toute propriété et par égale portion, quel que fût l'apport de chacun, et alors même que l'un des copartageants ne se fût « mêlé de rien. »

Si la communauté tacite résultait entre parents de la vie commune pendant l'an et jour, à combien plus forte raison devait-elle se comprendre entre mari et femme où l'association des biens se fortifiait de l'union des personnes. Quand le servage commença à disparaître, quand on en vint à considérer comme valables les mariages des anciens mainmortables, il était tout naturel que l'on pensât à régler, selon la coutume des communautés taisibles, les conditions de leur petit pécule : c'était la forme commune, connue de tous. Ce furent ces familles d'origine serve qui, s'élevant peu à peu, formèrent les classes

libres des campagnes et les bourgeoisies des villes ; la communauté de biens se développa avec elles, et la coutume qui la voyait partout l'imposa aux époux comme le mode le plus logique du règlement de leurs rapports pécuniaires, et comme la combinaison populaire par excellence.

Nos anciens auteurs sont presque unanimes à voir là l'origine première de la communauté. Voici d'abord le témoignage de Beaumanoir : « Chacun sait, dit-il, que compaignie se fait par mariage, car sitôt comme mariage est fait, les biens de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage ; mais voirs est que, tant comme ils vivent ensemble, l'homme en est mainburnissières » (1). Ce sont ensuite les Chartes des communes où l'on stipule que la communauté de biens continuera à régir l'association conjugale des bourgeois de la ville (2). Tel est également, d'après le *Grand Coutumier*, le droit primitif de Paris. Au xvi^e siècle, Guy Coquille ne manque pas de faire remarquer que la communauté conjugale n'est qu'un cas de communauté tacite prévue par les mœurs coutumières. Plus tard, Lebrun, composant son *Traité de la communauté*, faisait en même temps un *Traité des communautés taisibles*, à l'exemple des coutumes qui traitaient de la communauté conjugale, immédiatement après les communautés taisibles, comme si elle n'eût été qu'une communauté taisible appliquée à une autre situation. Telle est enfin l'opinion de Pothier dans l'article préliminaire de son *Traité de la communauté* : « Suivant l'ancien droit français, la simple cohabitation produisait une société tacite et taisible entre ceux qui avaient habité en-

(1) *Les Coutumes de Beauvoisis*, ch. 21.

(2) Art. 35, de la Charte d'Amiens.

semble par an et jour ; à plus forte raison entre mari et femme. »

7. — La communauté est donc sortie de la loi vilaine ; mais elle doit aussi au droit noble qui n'était qu'une transformation des coutumes germaines quelques-unes de ses dispositions.

La puissance maritale, dont l'origine se trouvait dans *mundium* germanique, pénétra peu à peu dans la classe des vilains et des roturiers. Ce n'était pas une puissance rigoureuse et absolue comme celle que les Romains reconnaissaient au *paterfamilias*, mais plutôt un droit de protection et de tutelle.

Les coutumes germaines reconnaissaient elles aussi un avantage à la femme survivante ; ce n'était pas un droit de propriété comme dans la communauté de biens roturière, mais simplement un gain de survie auquel la veuve pouvait renoncer. Sous l'influence de ces coutumes qui formaient à la fois le droit des nobles et le droit commun de certaines provinces, la communauté se compléta. A l'exemple du droit noble, elle dut commencer entre époux au jour même du mariage, et non plus seulement après l'an et jour ; de même, la renonciation qui, longtemps, n'avait appartenu qu'aux femmes nobles (art. 115 de la première Coutume de Paris) fut étendue aux femmes roturières à l'égard de leur part de communauté (art. 237 de la Réformation).

A son tour, la loi vilaine réagit sur la loi noble, et fit introduire dans l'association pécuniaire des époux l'idée de copropriété qui était l'essence de la communauté roturière. Nous en avons une preuve certaine dans le procès-verbal de rédaction de la seconde Coutume de Blois. Les commissaires ayant substitué le droit commun au droit aléatoire du survivant, les nobles réclamèrent et

prouvèrent avec le témoignage des praticiens que la communauté n'avait pas lieu chez eux. L'article 181 de la Réformation n'en ordonna pas moins le partage égal comme coutume nouvelle, afin de soumettre même les mariages nobles à la communauté de biens devenue désormais le droit commun des pays coutumiers.

Avec le besoin de fusion et d'unité des classes qui fut la passion de cette époque, les deux droits se pénétrèrent. La coutume avait identifié dans une large mesure la loi noble et la loi vilaine, les bourgeois s'efforcèrent d'effacer dans le droit privé toute différence entre les nobles et eux. Le progrès des idées acheva la fusion, et c'est ainsi que nous trouvons dès le xvi^e siècle la communauté entre époux admise dans toutes les classes de la société.

8. — Elle s'établit par la force de la coutume à la suite de tout mariage, sans que les époux puissent l'écarter ni la modifier. Elle comprend tous les meubles, tous les conquêts, toutes les dettes ; elle est gouvernée par le mari, et la liquidation se fait par moitié. Désormais la communauté est créée de toutes pièces, et elle s'impose de plein droit, en ce sens que les époux sont obligés de la subir dans toutes ses parties : en d'autres termes, la liberté des conventions matrimoniales n'existe pas. La possibilité d'exclure la communauté n'apparaît en effet que sur la fin du xvi^e siècle. Jusque-là, on voit bien intervenir des *pacta dotalia*, mais ils ne font que réglementer des points accessoires, par exemple, régler le douaire ou l'apport de la femme, ou encore exiger le remploi.

9. — Pour introduire dans le régime matrimonial le principe nouveau de la liberté des conventions, il fallait modifier la conception primitive de la communauté, et ne plus la considérer comme une obligation inéluctable.

Cette réforme que les besoins de la pratique rendaient de jour en jour plus pressante, à mesure que les fortunes se multipliaient, ne fut réalisée que par un long effort de doctrine. Elle fut complète lorsque les parties purent par leurs conventions soit modifier la composition de la communauté, soit changer son mode de liquidation, soit enfin l'exclure en entier.

10. — Les clauses modificatives de l'actif et du passif naquirent du besoin d'assurer à chaque époux une mise égale dans la communauté. Cette idée d'équilibrer les apports n'avait pas au moyen âge une importance bien grande : les fortunes mobilières étaient peu nombreuses et les relations commerciales presque nulles. Mais à partir du xvi^e siècle, les besoins changèrent : avec le développement du commerce les apports mobiliers étaient devenus plus fréquents et plus considérables, et d'ailleurs, alors même qu'il se fût agi uniquement de biens immobiliers, il importait de pouvoir écarter les dettes de chaque époux. C'est ce qui fit introduire les clauses de réalisation et de séparation de dettes.

La première fut une création de la pratique, mais la coutume ne la consacra jamais d'une façon expresse ; la seconde fut introduite par l'article 222 de la Coutume de Paris réformée. En stipulant à la fois ces deux clauses, on forma la communauté réduite aux acquêts. Cette dérogation au droit commun ne fut jamais l'objet d'une mention expresse dans la coutume : les anciens auteurs n'en parlent même pas, et c'est seulement sous forme de combinaison des deux clauses précitées qu'on la rencontre dans la pratique.

11. — Les clauses modificatives de la liquidation naquirent de causes spéciales. L'une, le préciput conventionnel, était une création des coutumes germaniques

passée dans le droit noble : le conjoint noble pouvait stipuler la reprise de ses meubles à charge de payer toutes les dettes et de partager les conquêts. Ce préciput, qui ne pouvait s'invoquer que vis-à-vis des héritiers autres que les enfants, était passé dans les habitudes et devenu pour ainsi dire de style : le principe de la liberté admis dans les contrats de mariage, rien ne s'opposait à ce que cette clause fût étendue à la communauté. L'autre, la reprise d'apports, très usitée elle aussi dans l'ancien droit, n'était que la conséquence du mouvement qui tendait à la protection de la femme et qui avait déjà fait introduire, comme institution légale, la renonciation à la communauté.

12. — On admettait assez facilement qu'il fût permis de modifier la composition de la communauté, et de changer les bases de sa liquidation ; mais il était moins dans le génie de l'ancien droit d'introduire des conventions destinées à l'exclure tout à fait. Les clauses que nous venons d'énumérer sauvegardaient encore le principe ; on modifiait sans doute la communauté, mais on la conservait dans son essence : l'exclure complètement, c'était rompre d'une façon radicale avec la tradition. Aussi la législation n'alla-t-elle pas jusque-là. La coutume n'autorisa jamais à stipuler la séparation de biens conventionnelle ni le régime exclusif de communauté ; ces clauses ne furent introduites que par la jurisprudence et par la pratique, et encore se rencontraient-elles rarement : Pothier et Lebrun en parlent à peine.

Ce fut l'exemple du droit romain qui conduisit à introduire la séparation de biens. Jusqu'au xvi^e siècle cette dérogation au droit commun fut inconnue ; on ne comprenait pas qu'il pût y avoir séparation des biens sans qu'il y eût séparation des personnes : le mariage et l'as-

sociation pécuniaire étant considérés comme une même chose, l'union des personnes entraînait nécessairement la communauté des biens. Mais lorsque l'étude du droit romain se fut répandue, on vit qu'il n'y avait là aucune impossibilité juridique : la loi romaine montrait en effet la séparation des biens au cours du mariage, en permettant la restitution anticipée de la dot lorsque les mauvaises affaires du mari la mettaient en péril, *quum vergebat ad inopiam*. On comprit alors qu'il était possible de séparer les biens sans séparer les personnes, et un mouvement imposant se produisit dans la doctrine en faveur de cette idée. Elle se fit jour entre les deux rédactions de la Coutume de Paris. L'article 114 de la première Coutume ne parlait que de la séparation de corps, l'article 224 de la Réformation introduisit la séparation de biens. L'appliquer aux propres de la femme, rien n'était plus facile, mais pouvait-on l'appliquer à la communauté elle-même ? Pouvait-on sans heurter tous les principes de l'ancien droit admettre qu'une femme demanderesse en séparation de biens pût avoir une part dans la communauté ? Laurière ne comprenait pas que la femme pût demander la séparation de biens sans renoncer à ses droits de commune ; Dumoulin et Lebrun soutenaient au contraire qu'une séparation de biens prononcée par justice pouvait porter même sur les biens de communauté. Leur opinion prévalut et fut consacrée par l'article 224 de la seconde Coutume de Paris ; mais ce texte y mit comme condition que la séparation fût sérieuse et réellement exécutée.

La séparation de biens judiciaire étant permise, il était facile d'admettre la séparation conventionnelle : l'obstacle qui s'y opposait était le même, et, puisqu'on l'avait écarté, il était logique de tirer toutes les conséquences du principe nouveau. C'est ce que fit la pratique ; néan-

moins, il paraît bien que cette clause ne fut pas fréquente.

L'admission du régime exclusif de communauté présentait moins de difficultés. Du moment qu'on avait rompu avec l'ancienne conception de la communauté obligatoire, on ne voit pas pourquoi l'on eût repoussé la clause qui excluait la communauté, lorsque la femme et ses parents y avaient donné leur consentement. Le régime exclusif de communauté ne porte aucune atteinte à la puissance maritale ni à l'ordre public ; il était déjà pratiqué depuis longtemps dans les pays soumis à la Coutume de Normandie ; de plus, il concordait en général avec celui qui, d'après le droit romain, existait entre les époux lorsque tous les biens de la femme étaient dotaux. Il n'y avait entre ces deux régimes aucune différence essentielle, si ce n'est que les immeubles de la femme mariée avec exclusion de communauté n'étaient pas frappés d'inaliénabilité comme les fonds dotaux de la femme mariée sous le régime dotal. Enfin le régime exclusif de communauté était le seul à appliquer pendant l'an et jour dans les coutumes qui ne faisaient partir la communauté que de ce moment, et, comme il s'écartait moins du droit commun que le régime de séparation de biens, il était présumé plutôt que la séparation contractuelle lorsque les époux avaient déclaré simplement se marier en excluant la communauté.

13. — Une autre cause de l'introduction du principe de la liberté dans les conventions matrimoniales fut la diversité des coutumes. Les coutumes variaient d'une province, d'une ville, parfois d'un village à l'autre ; parmi les coutumes, les unes admettaient la communauté entre époux, les autres la repoussaient. Avec le temps, les déplacements étaient devenus fréquents et les mariages

entre personnes de coutumes différentes se multipliaient. Il pouvait arriver que les futurs époux désirassent faire régler leur association par telle loi plutôt que par telle autre et ne pas subir le régime de la coutume du domicile du mari qui dans le silence des conventions s'imposait. Il se pouvait d'autre part que les époux eussent des biens situés sur le territoire de provinces différentes : comment savoir quelle était la loi des parties quant à leurs conventions matrimoniales ? Fallait-il appliquer à chacun des biens la coutume locale, ou n'était-il pas préférable de les faire régir par une coutume unique ? Pour écarter ces inconvénients, on en vint à considérer la communauté même non stipulée expressément comme le résultat d'un accord tacite au lieu de la regarder comme une obligation légale. De là, entre autres, cette conséquence que, si des époux se mariaient sous l'empire d'une coutume qui établissait la communauté, ils étaient communs en biens, et cette communauté s'étendait aux biens qu'ils acquéraient dans des provinces où la communauté n'était pas admise. La communauté, disait-on, n'est pas affaire de coutume, mais affaire de convention ; c'est aux parties à indiquer la loi à laquelle elles donnent la préférence, et, à défaut de cette manifestation de leur volonté, on présume que leur intention a été de faire régler leur association par la coutume du domicile du mari.

Cette idée de convention tacite appliquée à la communauté fut, pour ainsi parler, la création de Dumoulin ; après lui, elle fut reprise et défendue par la presque unanimité de nos anciens auteurs. Bien qu'elle répondît à une nécessité impérieuse de la pratique, elle rencontra cependant dès l'ancien droit de sérieux contradicteurs. Nous aurons à revenir sur cette matière en examinant le caractère du régime auquel les époux sont soumis à dé-

faut de conventions expresses ; il y aura lieu de rechercher si cette conception correspond exactement à la nature des choses, si elle est conforme à la tradition du droit antérieur au xvi^e siècle, ou si elle n'est pas plutôt une fiction introduite *necessitatis causa* pour échapper aux inconvénients qui naissaient de la diversité des coutumes.

14. — En même temps que la liberté était admise dans les conventions matrimoniales pour permettre aux parties de modifier selon les circonstances les règles du droit commun, des garanties d'un autre ordre entraient dans la coutume comme institutions légales. Sous le travail de la doctrine, et grâce à l'influence bienfaisante du droit romain, une réaction s'était faite contre l'autorité exagérée du mari, et l'on s'était occupé de défendre la femme contre les abus de sa toute-puissance. De là toute une série de mesures de protection. Le bénéfice d'émolument à charge de faire bon et fidèle inventaire apparut entre les deux rédactions de la Coutume de Paris comme une transformation du bénéfice d'inventaire du droit romain ; de la pratique il passa dans la législation et fut consacré par l'article 228 de la Réformation. Il en fut de même pour la séparation des biens judiciaire que l'on admit après de longues hésitations dans l'article 224, tandis qu'on limitait dans l'article 225 les pouvoirs du mari. Enfin un progrès plus considérable fut réalisé par l'introduction de la théorie des récompenses destinées à maintenir intacts les propres des époux et à empêcher les avantages indirects pendant le mariage (art. 232, 244 et 245 de la seconde Coutume de Paris).

15. — Dans les pays de droit écrit, on suivait en général la législation romaine et le régime dotal. Les biens de la femme s'y divisaient en deux masses distinctes : la dot dont le mari avait le domaine civil et les parapher-

naux dont la femme conservait la jouissance et la libre administration. Ici encore on avait fait à la convention des parties une part que le droit romain n'avait pas connue : il était permis aux époux de greffer sur le régime dotal une société d'acquêts destinée à concilier les avantages de la communauté avec les garanties de la dotalité. Cet usage était généralement observé dans le midi de la France et particulièrement dans le ressort du parlement de Bordeaux. La société d'acquêts qui devait être stipulée d'une façon expresse n'était considérée que comme un accident du régime dotal : elle n'en altérait pas l'essence et laissait intacte l'inaliénabilité que ce régime imprimait à la dot.

Chapitre II

SYSTÈME ADOPTÉ PAR LE CODE CIVIL

16. — Au moment où se préparait le Code civil, la question qui se posait la première était de savoir si la communauté légale qui était attachée de plein droit à la célébration du mariage dans les pays coutumiers devait être étendue aux pays de droit écrit qui jusque-là ne l'avaient pas connue, et qui, en l'absence de contrat, laissaient les époux dans l'état de séparation de biens. Ce n'était pas entre le régime dotal et la communauté qu'il s'agissait d'opter, c'était entre la communauté et la séparation de biens.

La commission chargée de la rédaction du Code avait proposé d'ériger la communauté de biens en régime de droit commun, c'est-à-dire d'en faire, en l'absence de

conventions matrimoniales expresses la règle des intérêts pécuniaires des époux. Dans ce but, l'article 11 de la rédaction primitive portait que « à défaut de convention entre les époux, il y a communauté de biens ». Cette proposition fut adoptée et devint l'article 1393 du Code.

Le projet développait longuement les règles de la communauté, en reproduisant la plupart des décisions des auteurs coutumiers et en suivant Pothier comme guide ; mais il gardait le silence sur le régime dotal. On permettait à la vérité aux époux de stipuler ce régime, puisqu'on leur laissait le droit de régler librement les conditions de leur union, mais il leur fallait stipuler dans l'acte et d'une façon expresse toutes les règles qui établissaient la dotalité. Ils ne pouvaient pas en effet s'en rapporter à l'ancien droit, car le Code le défendait ; et d'autre part il leur était impossible de s'en référer aux dispositions de la loi, puisque le projet était muet sur ce point.

Les habitants du Midi crurent que les rédacteurs du Code voulaient proscrire le régime dotal qui s'était profondément enraciné dans les mœurs. De là des plaintes passionnées. Pour faire droit à ces réclamations, on consacra un chapitre au régime dotal, et on décida dans l'article 1394 que les époux peuvent déclarer d'une manière générale qu'ils entendent se marier sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal.

Les deux régimes étaient donc, à ce point de vue, mis sur la même ligne, mais il restait cette différence capitale : à défaut de contrat, les époux se trouvaient mariés sous le régime de la communauté légale.

17. — Le résultat auquel on était arrivé consacrait d'une façon éclatante le principe de la liberté des conventions matrimoniales si laborieusement édifié dans les trois derniers siècles de l'ancien droit. Et pour montrer

qu'il devait désormais gouverner de haut la matière de l'association conjugale, les rédacteurs du Code l'inscrivaient dans l'article 1387, au frontispice du titre du Contrat de mariage.

La loi laisse aux époux le droit de régler, comme ils l'entendent, leurs intérêts pécuniaires ; elle fait plus : elle leur propose un certain nombre de types d'association, parmi lesquels ils peuvent choisir celui qui leur agréé le mieux ; elle permet de les combiner, de les modifier, de les exclure ; et ce n'est qu'à défaut d'une manifestation de volonté de leur part qu'elle désigne le régime sous lequel ils seront mariés, en choisissant pour eux celui qui se justifie le mieux au double point de vue de la morale et de l'utilité pratique. En réalité, la communauté de biens qui unit et confond les intérêts pécuniaires des époux est plus conforme que tout autre régime à l'institution du mariage et à la nature des rapports que cette institution est destinée à établir entre les époux ; le système de la communauté est aussi plus favorable au crédit et d'une application plus simple et plus facile que le système dotal.

18. — La classification du Code ne consacre, à proprement parler, que deux régimes nuptiaux : le régime de communauté et le régime dotal, les autres n'étant regardés que comme des dérogations à la communauté. Mais si l'on va au fond des choses, on reconnaît facilement que la loi prévoit quatre régimes très différents : 1° la communauté légale et la communauté conventionnelle, dont elle indique elle-même les clauses les plus usuelles ; 2° le régime exclusif de communauté ; 3° la séparation de biens ; 4° le régime dotal.

La communauté légale est une société de biens que le Code a consacrée telle qu'il l'a trouvée établie par les

traditions de l'ancien droit. Elle comprend le mobilier présent et futur des époux, les fruits de leurs propres et les acquêts, avec faculté pour les époux d'en étendre ou d'en restreindre la composition et d'en changer le mode de partage. Ces dérogations constituent la communauté dite conventionnelle et sont énumérées par l'article 1497 du Code. « Les époux, dit ce texte, peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390. Les principales modifications sont celles qui ont lieu en stipulant de l'une ou de l'autre des manières qui suivent ; savoir : 1° que la communauté n'embrassera que les acquêts ; 2° que le mobilier présent ou futur n'entrera point en communauté ou n'y entrera que pour une partie ; 3° qu'on y comprendra tout ou partie des immeubles présents ou futurs par la voie de l'ameublement ; 4° que les époux paieront séparément leurs dettes antérieures au mariage ; 5° qu'en cas de renonciation, la femme pourra reprendre ses apports francs et quittes ; 6° que le survivant aura un préciput ; 7° que les époux auront des parts inégales ; 8° qu'il y aura entre eux communauté à titre universel. » Les rédacteurs du Code ont cru qu'il convenait de prévoir les modifications les plus ordinaires de la communauté et de leur donner des règles qui prévinssent les incertitudes, les divergences et, par conséquent, les contestations sur la manière de les interpréter et d'en déterminer les effets (1).

Les trois autres régimes établis par le Code ont pour caractère commun d'exclure la communauté et de créer une séparation des intérêts où chacun des époux conserve son patrimoine.

(1) Locré, t. XIII, p. 120.

Il y a séparation de biens d'abord sous le régime qui porte ce nom. Le mari et la femme restent propriétaires de leurs biens présents et futurs ; ils les administrent et en jouissent séparément, et la convention ou la loi déterminent dans quelle proportion les époux contribuent aux charges du mariage.

Le contrat par lequel les époux déclarent se marier sans communauté emporte également séparation de biens ; mais, sous le régime qu'il organise, l'administration et la jouissance des biens de la femme appartiennent au mari.

Il en est de même, sous le régime dotal, pour les biens dotaux ; ce qui caractérise ce régime, c'est l'inaliénabilité de la dot. Quant aux biens non dotaux ou paraphernaux, la femme en a l'administration et la jouissance, comme elle l'a sous le régime de séparation de biens. Mais il faut bien prendre garde que, sous ce régime, la paraphernalité est la règle, que la dotalité n'est que l'exception, et qu'elle doit être expressément stipulée.

Pour les régimes exclusifs de la communauté, le Code ne prévoit pas de clauses dérogatoires autres que la société d'acquêts greffée sur le régime dotal. La raison est que la tradition ne consacrait que cette clause ; mais le principe de l'article 1387 ne s'applique pas moins à ces régimes qu'à la communauté elle-même ; et, si les époux peuvent adopter l'un de ces régimes en se référant aux dispositions du Code qui le régissent, ils peuvent aussi les modifier comme ils l'entendent et combiner leurs règles.

Ce n'est pas seulement dans l'intérieur du régime de communauté et des régimes qui l'excluent que des modifications peuvent être faites par le contrat de mariage ; les époux peuvent aussi combiner ces deux catégories de

régimes, car aucune disposition de droit n'interdit à la convention des parties de s'étendre jusque-là. Les contractants peuvent donc, tout en se soumettant au régime dotal, stipuler une communauté d'acquêts : l'article 1584 le dit formellement ; inversement, ils ont le droit de modifier le régime de communauté par des règles empruntées au régime dotal. La raison de décider est la même : elle se trouve dans le principe de liberté que l'article 1387 applique aux conventions matrimoniales. Sans doute, la clause qui a pour but de rendre un immeuble inaliénable dépasse la liberté des conventions de droit commun, mais elle ne sort pas des limites de la liberté des conventions matrimoniales, puisque, d'une part, la loi établit elle-même l'inaliénabilité dans le régime dotal, et que, d'autre part, elle permet de stipuler tout ce qui n'est pas prohibé par le Ccde. La possibilité de combiner les deux régimes ressort d'ailleurs clairement du rapport fait au Tribunalat par Duveyrier. « Les époux, dit-il, pourront l'un et l'autre confondre à leur gré les deux régimes dans leurs conventions et emprunter de l'un et de l'autre les règles qui plairont à leur intérêt comme à leur volonté, et qui pourront, suivant les lieux et les circonstances, se combiner sans se contredire. »

19. — Le législateur, loin de restreindre la liberté des contractants en matière de conventions matrimoniales, l'étend au contraire. Comme il favorise le mariage, il devait aussi favoriser le contrat de mariage, l'expérience démontrant que les stipulations relatives aux biens engagent souvent les parties à s'unir, de même qu'elles pourraient entraver leur union si la loi enchaînait leur liberté. Aussi, comme Pothier en a fait la remarque, la loi permet-elle aux futurs époux de faire dans leur contrat de mariage des stipulations qu'elle prohibe en de-

hors de ce contrat. Aux termes de l'article 943 du Code civil, les donations de biens à venir sont nulles comme contraires au principe de l'irrévocabilité des donations ; par contrat de mariage on peut faire une institution contractuelle. De même la loi permet aux époux mineurs de faire toute espèce de donations par contrat de mariage (art. 1398), tandis qu'en dehors de ce contrat, le mineur ne peut jamais faire de donations entre-vifs. Mais comme toutes les dispositions exceptionnelles, celles dont il s'agit sont de rigoureuse interprétation ; si donc la loi autorise le mineur habile à contracter mariage à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible, [il n'en faut pas conclure que le mineur puisse faire par son contrat de mariage des conventions que la loi ne lui permet de consentir qu'en observant les formes qu'elle prescrit pour garantir ses intérêts, un partage par exemple, ou une vente ; ce ne sont pas là des conventions matrimoniales, et l'article 1398 est inapplicable. Par identité de raison, il faut décider que le mineur ne peut pas confirmer par contrat de mariage une vente ou un partage irréguliers : la confirmation est étrangère au mariage, donc elle reste sous l'empire du droit commun.

20. — Le système adopté par le Code peut donc se résumer dans les propositions suivantes : 1° En principe, la loi laisse aux futurs époux le soin de régler comme ils l'entendent leur association pécuniaire ; 2° elle leur propose des types de contrats auxquels on donne le nom de régimes matrimoniaux ; 3° elle choisit pour eux, à défaut de conventions nuptiales, le régime qui lui semble le plus conforme à la nature du mariage ; 4° elle indique les modifications les plus usuelles de ces divers régimes et les combinaisons qui étaient répandues dans la pratique sous l'ancienne jurisprudence ; 5° elle permet enfin aux

parties de franchir la limite des combinaisons qu'elle leur propose, et de se créer des lois accommodées à leur position et à leurs besoins. En un mot, tout est permis dans les conventions matrimoniales, excepté ce qui blesse les bonnes mœurs, l'ordre public et les principes fondamentaux sur lesquels repose la famille.

21. — Il convient donc de déterminer les limites que la loi a fixées aux stipulations des futurs époux, c'est-à-dire, de rechercher dans quelle mesure il leur est permis de déroger, soit dans la combinaison des divers régimes, soit par des dispositions étrangères à ces régimes, aux règles de droit commun établies par le Code.

Chapitre III

DES MODIFICATIONS QUE LA CONVENTION DES PARTIES PEUT APPORTER AUX RÈGLES DU DROIT COMMUN

SECTION I^{re}. — DES CLAUSES PROHIBÉES.

22. — Les conventions matrimoniales ne peuvent avoir pour objet que le règlement des droits respectifs que les époux auront à exercer sur leurs biens, soit pendant la durée du mariage, soit après sa dissolution. Les rapports personnels que le mariage établit entre conjoints et ceux qui unissent les enfants à leurs parents ne sauraient devenir la matière d'un règlement contractuel.

Même dans le domaine des intérêts pécuniaires, toutes

les conventions ne sauraient être permises : il est des limites que le contrat de mariage ne peut franchir et que la loi nous fait connaître. L'article 1387 fait des réserves dans l'intérêt des bonnes mœurs ; d'autres dispositions du Code élèvent des prohibitions auxquelles les parties doivent également se soumettre.

23. — Les futurs époux ne peuvent déroger par contrat de mariage aux droits qui dérivent de la puissance maritale : telle est la première prohibition de l'article 1388. L'un des effets de cette puissance est l'incapacité légale de la femme mariée, laquelle ne peut faire sans l'autorisation de son mari ou de justice les actes énumérés par le chapitre VI du titre du Mariage. En conséquence, tout pacte qui dispenserait la femme d'une manière générale et absolue de la nécessité de l'autorisation maritale tomberait sous le coup de l'article 1388 et serait dépourvu d'efficacité civile. De même, la femme ne pourrait pas stipuler dans son contrat de mariage qu'elle aura une habitation distincte de celle de son mari et qu'elle ne l'accompagnera pas là où il lui paraîtra convenable de fixer son domicile. MM. Rodière et Pont pensent toutefois qu'on doit regarder comme valable la clause par laquelle une femme stipulerait, pour de graves raisons de santé, qu'elle n'habitera pas les colonies ou un climat dangereux. On pourrait en dire autant d'une clause qui dispenserait la femme de suivre son mari s'il s'établissait en pays étranger pour s'y faire dénationaliser. Dans le silence de la loi, la jurisprudence n'attribue qu'un effet individuel à la naturalisation acquise en pays étranger lorsque la femme ne s'est pas jointe à son mari dans la demande (1) ; on ne comprendrait pas, dès lors,

(1) Douai, 3 août 1858, Dall., 58, II, 349.

que l'on pût forcer la femme à s'attacher à une nation dont elle ne ferait pas partie, et de rompre contre son gré les liens qui l'attachent à son pays d'origine.

24. — Les droits qui appartiennent au mari comme chef de la communauté et dont il est fait mention dans l'article 1388 ne sont pas les mêmes que ceux qui procèdent de la puissance maritale. Ceux-ci sont indépendants du régime et lui appartiennent en tant que mari; ceux-là dérivent du régime spécial de communauté et se rapportent aux pouvoirs que la loi attribue au mari sur les biens communs. Si les droits d'administration et de jouissance que sous tel ou tel régime la loi reconnaît au mari sur les biens personnels de la femme sont en général susceptibles d'être restreints, il n'en est pas de même sous le régime de la communauté de ses droits et attributions quant aux biens communs. La vieille maxime coutumière « le mari est seigneur et maître de la communauté » est une conséquence des rapports personnels que le mariage établit entre les époux, elle est d'ordre public et tient à l'essence même du régime de communauté : toute restriction des pouvoirs que la loi confère au mari sur les biens communs doit donc être écartée.

25. — La loi défend également de porter atteinte aux droits qui appartiennent au mari sur la personne de ses enfants et qui se rattachent à l'exercice de la puissance paternelle. Par application de cette prohibition, la clause par laquelle le mari abdiquerait le droit de diriger l'éducation des enfants à naître du mariage n'aurait aucune efficacité civile; il en serait de même de l'engagement que les époux prendraient l'un envers l'autre de faire élever leurs enfants dans les dogmes de telle ou telle religion : il n'y a là, selon la majorité des auteurs, qu'un engagement d'honneur et non un lien de droit. L'opinion contraire

a été pourtant défendue. On a dit, en s'appuyant sur l'article 203 du Code civil, que le pacte qui porte que les enfants mâles seront élevés dans la religion du père et les filles dans la religion de la mère est obligatoire pour le mari, et que, si les père et mère sont en désaccord, le débat doit être porté devant les tribunaux. Cette opinion est inadmissible. L'article 203, qui appelle en effet la coopération de la mère pour l'éducation des enfants, n'est pas destiné à déterminer les droits respectifs qui appartiennent au père et à la mère : il leur impose une obligation et sert de fondement au droit de l'enfant. C'est ailleurs qu'il faut chercher la solution de la controverse. Le droit d'éducation fait partie de la puissance paternelle : or, si cette puissance appartient à titre égal au père et à la mère, c'est le père seul qui, pendant le mariage, a le droit de l'exercer. Le cas dont il s'agit est le même que celui de l'article 148 : le droit de consentir au mariage de l'enfant mineur appartient concurremment au père et à la mère ; si le père donne son consentement et que la mère le refuse, le juge n'est pas appelé à vider le conflit, le consentement du père suffit. Dans notre espèce, la raison de décider est la même.

26. — La quatrième prohibition de l'article 1388 est relative aux clauses du contrat de mariage qui tendraient à déroger aux droits conférés au survivant des époux par le titre de la Puissance paternelle et par le titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation.

La femme ne pourrait donc pas renoncer, pour le cas de survie, à l'exercice de la puissance paternelle sur ses enfants ou à leur tutelle légale. La remarque en fut faite lors de la rédaction du Code, et Cambacérès combattit le projet au sein du Conseil d'Etat. Il ne voyait pas le motif de défendre la stipulation par laquelle des parents sages,

craignant que la femme, jeune encore, ne pût pas porter le poids de la tutelle conviendraient que, dans le cas de mort du mari, elle ne deviendrait pas tutrice avant l'âge de vingt-cinq ans. Berlier répondit que le mari avait le droit de nommer un conseil à la femme, et que, s'il ne lui en donnait pas, la femme a le droit d'être tutrice, droit qu'aucune convention ne peut lui enlever, car c'est un devoir que la loi et la nature lui imposent (1).

Il est également défendu aux futurs époux ou à l'un d'eux de renoncer à leur droit de jouissance légale sur les biens de leurs enfants. Bien que la jouissance légale des père et mère ne soit pas comprise dans l'énumération de l'article 1388, bien qu'elle ne soit qu'un droit pécuniaire et qu'elle ne constitue pas un élément essentiel de la puissance paternelle, il serait difficile de ne pas l'assimiler aux droits que l'article 1388 mentionne expressément. Ce n'est pas seulement, en effet, à titre de rémunération que la loi confère aux parents la jouissance des biens de leurs enfants mineurs, c'est aussi par des considérations morales tenant au bon ordre des familles. Cette opinion est généralement admise : elle a d'ailleurs pour elle l'opinion de Treilhard et de Berlier qui se prononcèrent en ce sens dans la discussion qui s'éleva au Conseil d'Etat sur l'article 1388.

27. — Les époux ne peuvent pas subordonner leurs conventions matrimoniales et notamment l'établissement ou l'existence de la communauté à une condition consistant dans un fait dont l'accomplissement dépendrait de leur volonté ou de celle de l'un d'eux : une telle clause devrait être considérée comme non avenue (art. 1174 et 1395).

(1) Locré, VI, p. 345 et 347.

Mais il en serait autrement de toute autre condition soit suspensive, soit résolutoire. Ainsi, les époux peuvent convenir qu'ils seront ou non communs en biens, selon qu'ils auront ou non des enfants de leur mariage. Nos anciens auteurs ne faisaient aucun doute sur la validité de pareilles stipulations, et leur opinion a été suivie par la plupart des interprètes du Code civil.

D'éminents auteurs refusent cependant aux époux la faculté de subordonner l'établissement de la communauté à telle ou telle condition déterminée : l'article 1399, disent-ils, proscriit toute convention tendant à assigner à la communauté un point de départ autre que la célébration du mariage ; à plus forte raison, doit-on considérer comme tombant sous le coup de cet article, toute clause qui rendrait incertaine l'existence même de la communauté.

Cette opinion est excessive. Sans doute, le législateur a interdit toute clause qui donnerait à la communauté un point de départ antérieur à la célébration du mariage ou qui ne la ferait commencer qu'à une époque postérieure à cette célébration ; sans doute encore, le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales s'oppose à ce que les intérêts pécuniaires des époux soient soumis successivement à deux régimes différents ; mais le Code n'a pas ôté aux contractants la faculté de subordonner à des conditions d'ailleurs licites l'adoption de tel ou tel régime. Or, si la condition se réalise, peut-on dire que le régime éventuellement stipulé commencera au jour de l'accomplissement de cette condition ? Non, évidemment, car l'effet rétroactif attaché à toute condition fera que les époux n'auront eu à partir du mariage qu'un régime unique. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales, exprimé en termes énergiques par l'article 1387,

ne permet pas d'apporter à cette liberté des restrictions que rien ne peut justifier.

Si les époux qui usent de cette faculté ne s'expliquent pas sur le régime qu'ils entendent adopter, en cas que la condition suspensive vienne à manquer ou que la condition résolutoire se réalise, sous quel régime seront-ils mariés ?

Une distinction est nécessaire.

Si le régime subordonné à une condition est un régime autre que la communauté légale, on devra, à défaut de manifestation d'une volonté contraire, les considérer comme mariés sous ce dernier régime, puisque la communauté forme le droit commun.

Si, au contraire, le régime stipulé éventuellement est la communauté légale elle-même, on ne peut pas dire que, la condition défaillant, les contractants seront soumis à ce régime, puisque leur intention évidente a été de l'écarter. Les soumettra-t-on au régime dotal ? Pas davantage, puisque c'est un régime exceptionnel qui a besoin d'être stipulé expressément. Le régime sans communauté doit être repoussé également en raison des droits exorbitants qu'il confère au mari. On devra donc considérer les époux comme s'étant mariés sous le régime de la séparation de biens.

28. — De la combinaison des articles 6, 1133 et 1387 il résulte que les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs sont interdites. Telle serait la clause portant que les époux vivront séparés, et qu'il n'y aura entre eux aucune cohabitation : bien qu'une pareille convention paraisse inexplicable, la pratique en a cependant montré des exemples, et M. Troplong cite un mariage qui n'aurait été contracté qu'à cette condition. Tels seraient encore, aux termes de l'article 1397, les change-

ments et contre-lettres non rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage, ou encore ces pactes signalés par la loi romaine et qui dispenseraient le mari de la fidélité qu'il doit à la garde des intérêts de sa femme.

Les termes des articles 6, 1133 et 1387 sont d'ailleurs fort larges et prohibent, en même temps que les clauses du genre de celles que nous venons d'indiquer, toutes autres conventions qui auraient pour but de modifier les règles que le Code a établies relativement à la capacité des personnes. De ce nombre, sont les pactes dérogatoires à la puissance maritale et à la puissance paternelle, pactes qui, nous l'avons vu, sont en outre l'objet d'une prohibition spéciale.

29. — Il est également interdit d'introduire dans le contrat de mariage des pactes successoires. En formulant cette prohibition, l'article 1389 ne fait que rappeler le principe fondamental posé dans l'article 1130 et dont les articles 791 et 1600 font, eux aussi, l'application à des cas particuliers. Si la loi est revenue sur cette matière au titre du Contrat de mariage, c'est que dans l'ancien droit, il était d'usage de changer l'ordre légal des successions dans les conventions matrimoniales, et qu'il importait de faire disparaître ces habitudes profondément enracinées dans les mœurs et que la loi abolitive du 8 avril 1791 n'avait pas suffi à faire oublier.

Cette prohibition générale s'analyse dans les dispositions suivantes :

I. Les époux ne peuvent, en dehors des donations formellement autorisées par les articles 1092 et 1094, faire aucune stipulation ni disposition ayant pour objet les biens qu'ils laisseront à leur décès. Nous aurons à revenir sur les donations entre futurs époux et à rechercher en quoi elles diffèrent des donations ordinaires.

II. Ils ne peuvent renoncer, même en considération de dispositions faites en leur faveur, à des successions qui doivent leur échoir. C'est surtout sous forme de renonciation qu'avaient lieu les pactes qui, dans l'ancien droit, dérogeaient à l'ordre légal des successions. Quand une fille se mariait, il était d'usage de lui faire stipuler par son contrat de mariage qu'elle se contenterait de sa dot payable comptant ou dans un bref délai, et qu'elle renoncerait à la succession future de ses père et mère en faveur de ses frères ou en faveur d'un seul. On imposait aussi quelquefois ces renonciations aux puînés en faveur du fils aîné, dans le but de maintenir la splendeur du nom et la puissance que donne la fortune. Ces conventions étaient devenues de style ; car, outre l'intérêt aristocratique et politique qu'elles servaient, elles tendaient à un résultat tout à fait dans le génie de notre ancien droit : la conservation des biens propres dans les familles. Dans la crainte de voir les meubles passer dans une famille étrangère, le contrat leur donnait la qualité de propres, afin que si l'époux propriétaire venait à prédécéder et que ses enfants mourussent sans postérité, les meubles immobilisés passassent à ses héritiers des propres, et que l'époux donataire ne les trouvât pas dans la succession de ses enfants. La loi du 8 avril 1794 supprima les renonciations à successions futures, mais elles avaient tellement pénétré dans la pratique, que les rédacteurs du Code crurent devoir renouveler la prohibition dans trois articles différents.

III. La prohibition de l'article 1389 s'étend également à toute clause par laquelle les contractants tendraient à modifier l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants prédécédés, soit par rapport à leurs enfants dans le droit

de succession réciproque qui leur appartient. Mais elle n'est pas limitée à ces deux cas, l'article 1389 n'étant que la conséquence et le développement du principe général posé dans l'article 1130.

Ainsi deux époux ne pourraient pas convenir que l'un d'eux ne succéderait pas à un enfant commun. Mais il en serait autrement de la clause par laquelle les époux, en se soumettant au régime de la communauté, conviendraient d'exclure les héritiers collatéraux du partage de la communauté pour le cas où il ne naîtrait pas d'enfants de leur union : une pareille stipulation vaudrait comme donation conditionnelle au profit du survivant des époux de la part de communauté du prémourant ; or, les donations de ce genre sont permises dans un contrat de mariage.

De même, deux personnes ayant des enfants d'un premier lit ne peuvent stipuler que ces enfants seront assimilés à ceux qui naîtront du nouveau mariage ; cette clause usitée dans l'ancien droit sous le nom d'*affrérissement* est inconciliable avec la disposition de l'article 1389. Par application de ce texte, on ne peut pas non plus convenir que les enfants d'un premier lit seront assimilés aux enfants du second mariage quant au droit réciproque de succession des frères et sœurs entre eux.

IV. Faut-il également proscrire comme contraire à l'article 1389, la clause par laquelle les époux établissant une communauté d'acquêts, stipulent que les acquêts appartiendront en propriété aux enfants à naître du mariage avec réserve d'usufruit au profit de l'époux survivant ? Cette convention autrefois en usage dans le ressort du Parlement de Bordeaux était considérée à l'égard des enfants comme une donation faite en leur faveur : il suffit donc pour juger de la validité d'une telle stipulation de

mettre en regard les caractères de cette donation et les principes consacrés par le Code.

La réserve des acquêts aux enfants équipollait pour eux à une donation subordonnée à la condition de survie, c'était donc à ce point de vue une donation à cause de mort. D'autre part, elle était irrévocable de sa nature, de telle sorte que toute aliénation à titre gratuit des acquêts était interdite aux époux donateurs.

Comparons avec les règles du Code. Les donations à cause de mort ne sont permises, hors le cas de mariage, que dans la forme testamentaire, et, dans le cas de mariage où elles participent par leur irrévocabilité de la donation entre-vifs, elles ne peuvent avoir lieu directement qu'au profit des époux.

Dans la clause litigieuse, la disposition étant faite en faveur d'enfants non encore conçus, et par suite inhabiles à recevoir un droit, la conclusion est facile à tirer : les enfants à naître sont incapables, sous le Code, d'être investis des acquêts à titre de donataires. S'il en était autrement sous l'ancienne jurisprudence, c'est que les principes n'étaient pas les mêmes (1).

Plusieurs auteurs cependant s'appuyant sur la déclaration faite par Duveyrier dans son rapport au Tribunat (2) et sur l'opinion de Malleville (3) tiennent la clause pour valable (4). Il ne s'agit pas là, dit-on, d'une donation au profit des enfants, mais d'un pacte matrimonial ayant pour objet de régler les conditions de l'association conju-

(1) Bordeaux, 23 août 1865; Dall., 66, II, 217; — Aubry et Rau, V, p. 271.

(2) Locré, XIII, p. 396.

(3) Analyse raisonnée, III, 346.

(4) Troplong, *Contrat de mariage*, III, n° 1858; Rodière et Pont, II, n° 1226.

gale et portant sur des biens éventuels. Or la loi autorise le stipulation de parts inégales dans la communauté.

Cet argument n'est pas concluant. Quel que soit le nom qu'on lui donne, cette clause renferme un avantage à des enfants non encore nés qui ne peuvent, même par contrat de mariage, être gratifiés qu'accessoirement aux époux ou à l'un d'eux. Comme le fait justement remarquer M. Deloynes (1) la stipulation d'affectation des acquêts aux enfants est nulle à un triple point de vue « soit parce qu'elle constitue une donation à cause de mort proscrite par nos lois, soit parce qu'étant faite au profit de personnes non encore conçues elle viole l'article 906 du Code, soit enfin parce qu'ayant pour objet des biens à venir elle intervient en dehors des cas où cette libéralité est exceptionnellement autorisée par nos lois ».

V. Dans le même ordre d'idées, on peut se demander si l'on peut insérer dans un contrat de mariage, une clause par laquelle un époux assure à l'époux qui survivra la propriété de tous les biens meubles qu'il laissera à sa mort, sous la condition que le mobilier du survivant sera partagé entre ses héritiers et ceux du prédécédé, en supposant, bien entendu, que l'époux qui meurt le premier ne laisse pas de réservataires.

La question s'est présentée devant la Cour de Caen et il a été jugé qu'une telle clause est nulle par application de l'article 1130 du Code comme contenant une stipulation sur une succession non ouverte (2). Cette convention viole en effet les principes sous un triple aspect. D'une part, la donation n'est faite qu'à la condition stipulée par le donateur de disposer lui-même de la succession

(1) Notes sur Tessier, *Traité de la société d'Acquêts*, p. 556

(2) Caen, 28 mai 1855; 28 janvier 1868.

du donataire ; d'autre part, elle a pour effet de changer l'ordre des successions et de donner au survivant, par la volonté du prédécédé, d'autres héritiers que ceux qui étaient désignés par la loi ou qu'il pouvait désigner lui-même par un testament. Enfin et sous un dernier rapport elle est encore nulle parce que les biens meubles du prédécédé, s'étant, par l'effet de la donation, confondus dans le patrimoine du survivant, elle attribue au premier la disposition de la chose d'autrui.

A ce raisonnement on objecte que les principes invoqués, vrais en général, reçoivent des exceptions en matière de contrat de mariage, que les pactes sur les successions futures sont permis dans les conventions matrimoniales, et que l'article 1082 autorise les père et mère, les parents et même les étrangers à disposer irrévocablement de leur succession future au profit des époux ou des enfants à naître du mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.

Cette proposition est exacte, mais la situation à laquelle elle s'applique ne ressemble en rien à celle qui résulte de la clause litigieuse. La faculté accordée par l'article 1082 ne s'exerce que sur les biens mêmes du donateur et seulement entre celui-ci et le donataire : on ne saurait donc l'étendre par voie d'analogie jusqu'à permettre une double constitution contractuelle dont la première comprendrait la succession de l'instituant et dont la seconde disposerait de la succession à l'institué.

30. — Lorsque les époux veulent adopter l'un des régimes prévus et réglés par le Code, ils peuvent, ou reproduire en détail les règles tracées par la loi, ou se borner à indiquer sans autre explication le régime auquel ils entendent se soumettre. Ainsi il leur est permis de déclarer simplement qu'ils se marient sous le régime

de communauté ou sous le régime dotal ; il faudrait toutefois se garder de croire que pour établir le régime dotal, il suffise d'employer le mot *dot* ou de stipuler que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot : l'article 1392 exige qu'il y ait dans le contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard.

Ce que la loi défend, c'est que les époux conviennent en termes généraux que leur association sera régie par l'une de nos anciennes lois ou coutumes générales ou locales (art. 1390) : les rédacteurs du Code ont craint que la pratique ne s'obstinât à perpétuer des coutumes que la longue durée avait enracinées dans les mœurs, et ne les mit en opposition avec le Code civil. L'article 1390 se lie sur ce point à l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII dont le but est également d'assurer l'unité de la législation nouvelle.

En conséquence, il est interdit de se référer à la coutume abrogée non seulement pour la totalité du contrat de mariage, mais même pour une disposition particulière, par exemple de convenir qu'un douaire sera assuré à la femme conformément à tel article d'une ancienne coutume.

Toullier admettait l'opinion contraire, mais on lui a répondu avec raison que si l'on pouvait se référer en termes généraux à une coutume abrogée pour l'un de ses articles, on le pourrait aussi pour deux, pour trois, pour quatre, et alors on ferait en détail ce qu'il n'est pas permis de faire en gros (1). Ce que le Code veut, c'est, comme l'a dit Treilhard, « d'empêcher les citoyens de rappeler les coutumes » ; il ne peut donc être permis de faire indirectement ce que l'article 1390 défend de faire d'une façon directe.

(1) Troplong, *Contrat de Mariage*, I, 438.

Si les époux ne peuvent pas se référer expressément à telle ancienne coutume ou à tel article de cette coutume, rien ne les empêche toutefois d'en reproduire les termes dans leur contrat de mariage et d'adopter, pour régler leur association, une combinaison usitée dans l'ancien droit. Bien que les combinaisons coutumières n'aient pas été reproduites par le Code, elles n'en sont pas moins dans le libre domaine des conventions matrimoniales : tout ce que la loi exige, c'est qu'elles n'apparaissent pas comme un texte de loi. La volonté des parties peut donc les introduire. C'est ce qui ressort très clairement de la discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat sur l'article 1390. La faculté qu'ont les époux de régler leurs conventions comme ils l'entendent « n'est point blessée ici *quant à la matière*, disait Berlier, elle n'est restreinte que *quant à la forme*. Les époux stipuleront en détail toutes les conditions de leur union, mais ils ne pourront en termes généraux se référer à telle ancienne loi ou à telle ancienne coutume (1). »

La disposition prohibitive de l'article 1390 atteindrait-elle la clause par laquelle les époux auraient déclaré en termes généraux qu'ils entendaient adopter le régime matrimonial établi par une législation étrangère? La négative semble bien résulter de l'esprit du Code civil. Le motif spécial sur lequel est fondé l'article 1390 est sans application dans la clause dont il s'agit, et il n'y a aucune raison pour ne pas considérer cette clause comme une manifestation de la volonté des parties rentrant dans les limites de la liberté des conventions matrimoniales.

31. — L'article 1388 interdit enfin de déroger aux dispositions prohibitives du Code. Cette règle conçue en

(1) Locré, XIII, p. 159.

termes très vagues fut vivement critiquée au Conseil d'Etat; on fit remarquer qu'elle prêterait à équivoque et qu'il serait préférable d'énoncer en détail les clauses dont la stipulation serait interdite. En sens contraire, on fit observer qu'une énumération des clauses prohibées ne lèverait pas toutes les difficultés, qu'on pourrait omettre quelques-unes de ces clauses, et qu'alors elles resteraient sans sanction. Ces objections étaient justes : on maintint la rédaction proposée. L'article 1388 ne vise pas seulement les dispositions prohibitives du titre du contrat de mariage, sa portée est plus grande, il s'étend à toutes celles que contient le Code civil : d'où il suit que l'énumération en serait longue et difficile et risquerait de plus d'être incomplète. Nous nous bornerons à signaler quelques-unes des plus importantes.

I. On s'est demandé, sur l'article 1096, si les époux pouvaient renoncer au droit de se faire des libéralités pendant le mariage, à l'exemple de l'ancien droit où cette clause était fréquente. La négative est pour ainsi dire adoptée unanimement. En effet dit-on, un époux qui en se mariant renonce à la faculté d'avantager son conjoint et d'être avantagé par lui, n'a en vue que l'intérêt de ses héritiers auxquels il est censé, en faisant cette renonciation, promettre de ne point disposer de ses biens à leur préjudice; or, comme une pareille promesse a trait à une succession future, elle est prohibée par les articles 1389 et 1130 combinés.

II. Au nombre des conventions contraires aux dispositions prohibitives du Code, on peut mettre également celles qui tendraient à conférer à l'un des futurs époux des avantages dépassant la portion fixée par l'article 1098, et à porter préjudice aux enfants que son conjoint aurait eus d'un précédent mariage. Ces avantages peuvent se

produire de différentes façons : ils peuvent résulter soit d'une donation directe comme dans le cas prévu par l'article 1098, soit d'une clause qui établit le régime de communauté conventionnelle, soit même du fonctionnement régulier du régime de la communauté tel qu'il a été organisé par la loi. Les époux ont confondu leurs biens meubles et leurs dettes : avantage pour celui qui avait le moins de mobilier ou la dette la plus forte. L'un d'eux a immobilisé ses meubles par la clause de réalisation et l'autre a mis tout son mobilier dans l'actif commun : avantage pour le premier au détriment du second. Le même résultat peut se produire à l'aide de la clause de séparation de dettes, de la clause d'ameublement ou de la clause par laquelle ou stipule un partage inégal de la communauté.

Devant des stipulations de ce genre dont le caractère n'est pas douteux, et qui tombent expressément sous le coup des dispositions prohibitives du Code, l'application des textes ne peut pas soulever de discussion : il appartient seulement aux tribunaux d'examiner la question de fait et de décider s'il y a eu libéralité dépassant la quotité fixée par l'article 1098.

III. Il y a des clauses au contraire qui ne sont pas prosrites d'une façon directe, et qui cependant n'en doivent pas moins être interdites aux époux par application de l'article 1388. Ainsi toute convention qui tendrait à modifier dans son essence le régime de communauté et à enlever à la femme les garanties que la loi lui accorde, serait considérée comme nulle, car les dispositions qui les établissent sont d'ordre public et prohibent virtuellement tout ce qui leur est contraire. Le régime de communauté a été organisé de manière à assurer à la femme des privilèges importants destinés à contrebalancer la puissance

maritale; les époux sont libres d'écarter ce mode d'association, mais s'ils l'adoptent, ils ne peuvent pas supprimer des garanties qui sont fondamentales. Le Code le dit expressément dans l'article 1453 pour un cas particulier : ce texte déclare nulle toute convention par laquelle la femme s'interdirait le droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer à la dissolution du mariage.

Il en est de même de la clause par laquelle elle s'engagerait à payer *ultra vires* les dettes de la communauté : l'article 1483 décide en effet que la femme n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument et cette disposition est d'ordre public. Les rédacteurs du Code ont certainement suivi sur ce point l'opinion de Lebrun qui avait déjà défendu cette doctrine dans l'ancien droit.

Ces décisions peuvent être généralisées, et, par identité de raison, appliquées aux autres garanties qui appartiennent à la femme commune. S'il était convenu par exemple que la femme n'aura ni emploi ni récompense pour ses propres, ou si elle renonçait à son droit de demander la séparation de biens, de tels pactes n'auraient aucun effet, car ces garanties sont aussi nécessaires que peut l'être le droit de renoncer à la communauté, droit qui d'après la loi elle même est inaliénable. « L'équilibre de la société conjugale, dit M. Troplong, dépend de la conservation vigilante de ces privilèges. Si on les enlevait à la femme, la balance pencherait du côté du plus fort, et on donnerait un caractère léonin à une association qui est toute de protection. »

IV. La clause par laquelle les époux conviendraient de former entre eux une société ordinaire de biens particulière ou universelle, serait-elle contraire aux dispositions prohibitives du Code?

En principe, les contrats sont permis entre les futurs époux à moins qu'ils ne tombent sous le coup d'une prohibition expresse ou tacite du législateur. Or, aucun texte n'interdit aux époux de contracter entre eux une société. Il semblerait donc que la nullité d'une pareille clause ne pourrait être prononcée qu'autant que la société servirait à dissimuler une libéralité faite par l'un des conjoints à l'autre en dehors des conditions prescrites par la loi, ou si elle pouvait être considérée comme une modification des convention matrimoniales.

La jurisprudence n'a pas admis ces distinctions : elle prononce d'une façon générale la nullité de toute société entre époux. Ainsi, il a été jugé que des époux séparés de biens ne peuvent, même par un acte passé avant la célébration du mariage, contracter entre eux une société de commerce (1), et que le mariage de deux associés opère de plein droit dissolution de leur société, une société civile ou commerciale ne pouvant exister même entre époux séparés de biens (2). La stipulation d'une société ordinaire entre époux, portent les arrêts, est incompatible avec les droits dérivant, pour le mari, de la puissance maritale ; or, l'article 1388 prohibe toute clause qui aurait pour but d'y déroger.

Cette solution nous semble inacceptable. On ne peut pas dire *a priori* que toute stipulation de société entre époux constitue une dérogation aux droits de la puissance maritale : il faudrait tout au moins consulter ses statuts et résoudre la question en fait, en tenant compte du régime matrimonial des époux et de la nature de la société qu'ils ont formée. Du moment où il n'y a, dans

(1) Paris, 9 mars 1859 ; Sir., 59, II, 302.

(2) Dijon, 27 juillet 1870 ; Sir., 71, II, 268.

notre Code, aucune disposition qui prohibe expressément les sociétés entre époux, c'est porter une atteinte non justifiée au principe de la liberté des conventions matrimoniales que de refuser d'une façon absolue et sans examen toute validité aux clauses de ce genre.

Ce qu'il ne faut jamais perdre de vue, en effet, dans l'interprétation de l'article 1388, c'est que la liberté est le droit commun et la prohibition l'exception. Il en résulte que la convention des parties doit être respectée dans la mesure la plus large : elle ne doit fléchir que devant un texte formel ou devant des raisons décisives fondées sur l'esprit de la loi ou sur des considérations d'ordre public.

SECTION II. — DÉROGATIONS AUX RÈGLES DU CODE SUR LES POUVOIRS DU MARI.

32. — Dans le mariage, les droits du mari peuvent être considérés sous quatre aspects différents : 1° les droits qu'il tient de la loi en vertu de la puissance maritale et indépendamment du régime matrimonial ; 2° ses pouvoirs en tant que chef de la communauté ; 3° son droit d'administration et de jouissance sur les propres de la femme sous le régime de communauté ou sous le régime sans communauté ; 4° les droits d'administration et de jouissance que la loi lui confère sur les biens dotaux.

33. — Nous avons déjà vu que le mari ne peut pas renoncer aux droits qui lui appartiennent en vertu de la puissance maritale. Ce sont là des droits sur la personne qui ne touchent en rien aux biens de la femme et sur lesquels la convention des parties n'a pas de prise : toute clause qui tendrait à les amoindrir serait contraire à

l'ordre public et, par suite, tomberait sous le coup de l'article 1388.

34. — Aux termes de ce même article, les époux ne peuvent, par leurs conventions, déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef de la communauté. Il ne s'agit plus ici d'autorité sur la personne, il s'agit de droits sur les choses. Cette disposition du Code paraît avoir été empruntée à Pothier, qui avait déjà posé ce principe de droit coutumier, que les pouvoirs du mari, quant aux biens communs, sont d'ordre public. On lit, en effet, dans son *Introduction au Traité de la communauté* : « S'il était dit dans un contrat de mariage que la femme serait le chef de la communauté de biens qui aurait lieu entre les époux, une telle convention ne serait pas valable, étant contre la bienséance publique que l'homme que Dieu a fait pour être le chef de la femme : *vir est caput mulieris*, ne soit pas le chef de la communauté » (1). Ces principes sont passés dans l'article 1388 et dans l'article 1421 qui donne au mari l'administration exclusive des biens communs ; il ne saurait donc être permis d'intervertir les rôles et de donner à la femme le droit d'administrer pas plus que de partager ce droit entre les époux. A plus forte raison est-il interdit aux contractants de stipuler dans leurs conventions matrimoniales que les conquêts de communauté ne seront aliénables qu'avec le concours de la femme, ou qu'elle devra consentir aux actes de constitution d'hypothèque. Le droit de vendre et d'hypothéquer les biens de la communauté est conféré en termes absolus au mari par l'article 1421, et, en présence de la prohibition formelle de l'article 1388, on ne voit pas par quels arguments on pour-

(1) *Traité de la communauté, Introduction, § I, n° 4.*

rait soutenir la validité d'une clause qui tendrait à lui enlever ce pouvoir.

35. — La décision n'est plus la même s'il s'agit des biens personnels de la femme, car ici les pouvoirs du mari ne viennent pas de la loi, mais de la libre convention. « La femme, en se mariant, transfère le plus souvent à son mari un droit d'administration, de jouissance, parfois de copropriété sur les biens qu'elle possède. Mais ce droit que le contrat de mariage mesure et réglemente n'est point un droit de la puissance maritale et ne saurait se confondre avec elle. Le mari ne le tient, en effet, que de la volonté même de sa femme; en l'exerçant, il agit comme son mandataire ou son ayant-cause et non point comme son maître » (1). Il suit de là que le contrat de mariage peut modifier les droits qui appartiennent au mari sur les propres de la femme, dans la mesure où les époux le jugent nécessaire.

En premier lieu, on ne saurait contester la validité d'une clause par laquelle la femme se réserverait le droit d'administrer ses biens personnels en tout ou en partie : elle pourrait, dans son contrat de mariage, stipuler la séparation de biens, elle peut, à plus forte raison, stipuler le droit d'administration de ses propres, ce qui est quelque chose de moins grave que la séparation de biens. Dans l'ancien droit, Lebrun ne mettait pas en doute la possibilité d'une telle clause : il n'y a pas de raison pour décider autrement sous l'empire du Code.

La femme peut aussi se réserver la jouissance exclusive d'une portion de ses revenus pour ses besoins personnels : l'article 1534 porte qu'elle en a le droit sous le régime exclusif de communauté, pourquoi cette stipulation lui

(1) Gide, *Condition privée de la femme*, p. 481.

serait-elle interdite sous le régime de communauté où les droits du mari sur les propres de la femme sont absolument les mêmes que sous le régime auquel l'article 1534 se réfère? Cette dérogation au droit commun était, comme la précédente, acceptée dans l'ancien droit; nous la trouvons enseignée par Pothier dans son *Traité de la communauté* : « La femme pouvant valablement convenir qu'elle jouira séparément de ses biens..... il s'ensuit qu'elle peut pareillement convenir valablement qu'elle jouira séparément d'un certain héritage des revenus duquel elle pourra disposer à son gré, pendant tout le temps que le mariage durera, et établir au surplus une communauté de biens avec son futur époux : c'est une conséquence de ce principe que qui peut le plus peut le moins (1). »

Ces solutions étant admises, il va de soi que la femme pourrait, dans son contrat de mariage, réunir les deux clauses qui précèdent, et se réserver à la fois l'administration et la jouissance d'une partie des biens qui lui sont constitués. Il y aurait alors une séparation de biens partielle introduite dans le régime de communauté, ce qui ne dépasse en rien les limites que le Code a tracées à la libre convention des futurs époux.

36. — La question de savoir si le contrat de mariage peut modifier les pouvoirs que la loi accorde au mari sur les biens dotaux est plus délicate.

Aux termes de l'article 1549, le mari a l'administration et la jouissance de ces biens, et quoiqu'il ne puisse plus être considéré comme *dominus dotis*, les pouvoirs que la loi lui confère à l'égard de la dot sont plus étendus que ceux qui, sous le régime de la communauté, lui compètent

(1) *Traité de la communauté*, n° 466.

sur les propres de la femme. On peut se demander dès lors si le contrat pourrait restreindre l'un ou l'autre de ces droits.

En ce qui concerne le droit de jouissance, la femme peut stipuler qu'elle touchera sur ses seules quittances une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels sans que les biens perdent leur caractère : l'article 1549 *in fine* le dit expressément.

Mais pourrait-on aller plus loin et enlever au mari l'administration de tout ou partie des biens dotaux ? Les auteurs enseignent généralement la négative. Il est de l'essence de la dot, disent-ils, qu'elle soit remise au mari, confiée à ses soins, assujettie à sa libre administration. La clause par laquelle la femme s'en réserverait l'administration serait contraire à l'article 1549 qui confère ce droit au mari « seul » et à l'article 1388 qui prohibe toute convention dérogatoire aux droits appartenant au mari comme chef de l'association conjugale. Les raisons de rejeter cette clause sont les mêmes que sous le régime de communauté.

Ces arguments ne nous semblent pas décisifs. On peut d'abord contester que la prohibition de l'article 1388 s'applique avec une égale force au régime de communauté et au régime dotal. Bien que les rédacteurs du Code aient placé cet article dans les dispositions générales applicables à tous les régimes matrimoniaux, il ne faut pas oublier que l'expression sur laquelle s'appuie la doctrine adverse est empruntée à Pothier (1) et que cet auteur ne l'entendait que de la communauté de biens. En outre, les raisons qui exigent que le mari soit le chef unique des biens de communauté ne sauraient être données lorsqu'il s'agit

(1) Traité de la communauté, *Introduction*, § I, n° 4.

des biens dotaux. La communauté établit entre les époux une association intime de tous les intérêts, une société dans laquelle il ne doit y avoir qu'un seul gérant; dans le régime dotal, au contraire, il y a plutôt juxtaposition que fusion des intérêts, il se trouve à côté des biens dotaux des biens paraphernaux dont la loi réserve à la femme l'administration et la jouissance. Qu'y a-t-il d'étonnant à ce que la convention puisse étendre sur une partie des biens dotaux les pouvoirs que la loi confère à la femme sur ses paraphernaux? Il est enfin une considération qui paraît décisive. Nous verrons que, tout en se mariant sous le régime de communauté, la femme peut, par contrat de mariage, rendre ses biens inaliénables et s'en réserver en même temps l'administration. Pourquoi ne pas admettre qu'elle puisse, en adoptant le régime dotal, se réserver l'administration de tout ou partie de ses biens? Dans les deux cas, la situation est la même : les biens sont inaliénables et l'administration appartient à la femme.

SECTION III.— EFFET DES CONVENTIONS SUR LA CAPACITÉ DE LA FEMME.

37.— Il est rare que, dans la pratique, les futurs époux songent à modifier directement par leurs conventions les droits que la loi accorde au mari sous les différents régimes qu'elle organise. Le mari est trop naturellement le chef de l'association conjugale, pour qu'il y ait intérêt à restreindre ses pouvoirs. C'est surtout à la capacité de la femme que les conventions matrimoniales se réfèrent, soit pour l'augmenter dans l'intérêt du crédit du ménage, soit pour la restreindre dans un but de protection. Cette matière est une des plus importantes qui puissent être

agitées à l'occasion du contrat de mariage, tant en raison de la gravité des intérêts auxquels elle s'applique et des principes mis en jeu, que des discussions qu'elle a soulevées dans la jurisprudence et dans la doctrine.

Nous rechercherons successivement : 1° si la convention peut modifier l'incapacité légale de la femme mariée, abstraction faite de tout régime matrimonial; 2° si le contrat de mariage peut établir une incapacité conventionnelle; 3° dans quelle mesure les parties peuvent déroger aux règles établies par la loi relativement à la capacité de la femme dans chacun des régimes nuptiaux.

§ 1^{er}. — De l'Incapacité légale de la femme mariée.

38. — Dans notre droit civil, il est de principe que toutes personnes sont capables de contracter, sauf celles auxquelles un texte de loi a expressément enlevé ce droit. De ce nombre sont les femmes mariées que l'article 1124 déclare incapables; pour elles, l'incapacité s'analyse en un manque d'aptitude à faire sans autorisation toute une série d'actes déterminés par la loi. L'autorisation requise est en général celle du mari, et par exception celle de justice.

Le principe posé, la loi énumère dans les articles 215 à 217 les actes que la femme ne peut faire sans cette autorisation, quel que soit le régime stipulé dans le contrat de mariage. Il lui est interdit : 1° d'ester en justice à moins qu'elle ne soit poursuivie en matière criminelle, correctionnelle ou de police; 2° de donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux; 3° de s'obliger. Cette incapacité n'est pas comprise expressément dans l'article 217, mais elle y est virtuellement

contenue. L'omission s'explique historiquement. Le Tribunal ayant proposé de mentionner l'obligation parmi les actes dont la femme mariée est incapable, sa proposition ne fut pas admise de peur d'un malentendu : on craignit d'employer une expression dont on ne mesurait pas bien la portée, et qui eût pu faire croire à tort que la femme mariée n'est pas obligée par ses délits ou quasi-délits. En thèse générale, la femme est donc incapable de s'obliger sans l'autorisation de son mari.

Inversement, elle a pleine capacité pour tous les actes qui ne sont pas interdits par les articles 215 et 217. Elle peut sans autorisation : 1° comparaître comme défenderesse en matière criminelle et de police (art. 216); 2° faire son testament (art. 226 et 905); 3° révoquer une donation entre-vifs faite à son mari au cours du mariage (art. 1096); 4° être choisie pour mandataire (art. 1990); 5° exercer les droits de la puissance paternelle qui lui appartiennent d'après la loi (art. 148, 346, 935); 6° reconnaître l'enfant naturel qu'elle aurait eu avant son mariage (art. 337); 7° révoquer son testament; 8° faire les actes conservatoires de ses droits (art. 171, 2121, 2139); 9° être soumise aux obligations qui dérivent de la loi ou d'un engagement qui prend sa source soit dans le fait d'un tiers, soit dans la *versio in rem*, soit enfin dans un délit ou un quasi-délit.

39. — Les conventions matrimoniales pourraient-elles relever la femme des incapacités que nous venons d'examiner? La réponse se trouve dans l'article 1388 : les époux ne peuvent déroger aux droits qui dérivent de la puissance maritale : la clause qui tendrait à le faire soit directement, soit indirectement, n'aurait aucune efficacité. Ainsi serait nulle toute autorisation générale donnée dans le contrat de mariage par le mari à la femme

pour les actes indiqués par les articles 215 et 217 ; car une telle autorisation emporterait renonciation implicite aux droits de la puissance maritale. Le système de la loi est donc le suivant : 1° aucune autorisation générale ne peut être donnée par contrat de mariage pour les actes dont la loi déclare la femme incapable ; 2° pour chacun d'eux, une autorisation spéciale est nécessaire ; 3° l'autorisation générale ne vaut que pour les actes d'administration ; 4° elle ne doit être relative qu'aux biens de la femme. Il est résumé en ces termes par l'article 223 : « Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. » La spécialité de l'autorisation est une condition indispensable de son efficacité, c'est-à-dire que l'autorisation doit être donnée séparément pour chaque procès, pour chaque acte juridique que la femme se propose de soutenir ou de passer. Il suit de là que l'autorisation de faire des actes juridiques, déterminés par leur nature, sans que les objets ou les sommes sur lesquels ils devront porter soient spécifiés ou limités, ne serait pas suffisamment spéciale.

40. — Le Code civil a été sur ce point plus sévère que notre ancien droit, et il a restreint singulièrement le domaine des conventions matrimoniales.

Au xiii^e siècle, en effet, au temps de Beaumanoir, on admettait que le mari pouvait donner à sa femme une autorisation générale valable même pour les actes de disposition. Avec la renaissance du droit romain, on commença à se départir de cette doctrine : les romanistes voulaient trouver dans les Pandectes des analogies à toutes les institutions coutumières ; ils imaginèrent d'assimiler l'autorisation maritale à la tutelle des femmes, et ils finirent par la dénaturer « en cherchant à accommoder

aux principes de la loi romaine une institution que les Romains n'avaient jamais connue » (1). La tradition du droit primitif persista cependant, malgré les efforts des légistes, et Lebrun, qui pourtant ne s'en montre pas partisan, est obligé de constater que, « dans l'usage, on a souvent reçu les procurations et autorisations générales faites en un contrat de mariage, parce que toutes les clauses qui ne choquent point les bonnes mœurs sont licites dans ces sortes de contrats » (2). Ce n'était pas seulement dans l'usage, comme le dit Lebrun, que l'autorisation générale s'était conservée ; de nombreuses coutumes la consacraient encore, notamment la Coutume du Berry qui, dans son article 22, permettait de consentir une autorisation générale par contrat de mariage ; telle était encore la Coutume de la Rochelle. C'était là l'expression exacte des besoins de chaque jour, l'œuvre de la pratique s'insurgeant contre les prétentions d'une doctrine nouvelle mal construite et incommode.

En l'adoptant, les rédacteurs du Code ont rompu avec les plus pures traditions de notre ancienne jurisprudence et avec la doctrine professée par les premiers fondateurs de notre droit, depuis Beaumanoir jusqu'à Coquille. Aussi comprend-on que dans son beau livre sur la *Condition privée de la femme*, M. Gide ait conclu à la nécessité de supprimer la spécialité de l'autorisation maritale. « Que la femme doive être soumise à l'homme qui est tenu de la protéger, c'est là un principe de morale consacré par le consentement de tous les peuples..... mais que la femme ne puisse faire un acte juridique sans l'autorisation formelle du mari, ce n'est plus là qu'un règle-

(1) Gide, *loc. cit.*, p. 536.

(2) Lebrun, *Traité de la Communauté*, Liv. II, ch. I, sect. iv, nos 5 et 6.

ment de droit positif qui, loin d'être universellement admis, n'a jamais pu trouver place dans cette loi si sage et si complète qu'on a appelée la raison écrite..... N'y aurait-il pas utilité évidente à ce qu'un mari, appelé par ses affaires à de lointains voyages, pût, en partant, laisser à sa femme, par une autorisation générale, le pouvoir d'acheter ou de vendre suivant les besoins du ménage et de régler suivant les circonstances les clauses du contrat ? La nécessité d'une intervention incessante de la justice en cas d'absence ou d'incapacité du mari ne devient-elle pas souvent, pour le ménage privé de son chef, un surcroît d'embarras et d'entraves (1) ? »

41. — Cette réforme ne serait pas seulement conforme aux besoins de la pratique ; elle répondrait aussi aux exigences de la théorie.

Quel est, en effet, le principe sur lequel reposent l'incapacité de la femme mariée et l'autorisation maritale ?

Ce n'est pas aux rédacteurs du Code qu'il faut le demander : la théorie à laquelle ils se sont attachés ne ressort clairement ni de l'examen des textes, ni de l'étude de l'ensemble de la loi. Ils avaient à choisir entre les deux doctrines qui se partageaient l'ancien droit, et ils paraissent n'en avoir consacré aucune.

L'une, la doctrine romaine, faisait reposer l'incapacité de la femme mariée sur son imprudence, sa fragilité, sa faiblesse.

L'autre, la doctrine coutumière, cherchait son fondement, non dans une incapacité naturelle de la femme, mais dans l'intérêt du bon ordre et de la paix du ménage. « Cette puissance, dit Guy-Coquille, n'est pas un empêchement essentiel et en la même personne de la femme,

(1) Gide, *loc. cit.*, p. 535, 528, 536.

mais en dehors et par accident. La femme donc, en soi, est habile à contracter et, l'accident qui l'empêche étant ôté, son obligation, qui a pris source de sa volonté en laquelle elle était libre, reprend sa vigueur qui était obombrée et couverte par la puissance de son mari » (1).

C'est à cette doctrine que se rallient presque tous les interprètes du droit civil. Pour eux, la femme n'est plus, comme pour les romanistes du xv^e et du xvi^e siècle, un être inférieur et sans droits : ils lui ont rendu la place qui lui revient dans la cité et dans la famille ; et s'ils admettent l'autorisation maritale, ce n'est pas sur l'incapacité naturelle de la femme qu'ils la fondent, mais sur l'intérêt bien entendu du ménage et des enfants. Sanctionner pour tous les actes de la vie civile le devoir d'obéissance imposé à la femme, et garantir son patrimoine en tant qu'il est destiné à subvenir aux besoins du ménage et à assurer l'avenir de la famille, tel doit être le double but du législateur : en établissant la règle de l'autorisation maritale, c'est surtout à la conservation des intérêts matrimoniaux et collectifs dont le mari est le représentant, que la loi doit viser, et non à instituer un instrument de protection destiné à secourir la femme contre sa propre faiblesse.

La puissance maritale ainsi comprise, qu'y aurait-il de choquant à ce que le mari, qui a pleine confiance en sa femme, lui donnât d'avance et par contrat les droits les plus étendus d'administration et de disposition ?

A la question posée en tête de ce paragraphe : si la convention peut modifier l'incapacité légale de la femme mariée ? le texte de la loi commande de répondre par la négative, mais la logique et la justice demandent qu'on

(1) Questions et réponses sur *les Coutumes de France*, n° 100.

revienne sur ce point à la pratique des fondateurs de notre droit français.

§ II. — Si l'on peut établir une incapacité contractuelle.

42. — Nous venons de voir en quoi consiste l'incapacité légale de la femme mariée ; sa mesure est déterminée par l'article 1124 du Code civil : la femme est incapable dans les cas exprimés par la loi, l'incapacité est l'exception, la capacité est la règle.

En principe, la femme peut donc s'obliger même dans l'intérêt de son mari avec l'autorisation de celui-ci ou de justice dans tous les cas où la loi ne le lui a pas défendu.

Cela étant, le contrat de mariage pourrait-il établir une incapacité conventionnelle dépassant les limites de l'incapacité légale ? En d'autres termes, une femme peut-elle, par une clause de son contrat de mariage, se rendre incapable de s'obliger même avec l'autorisation de son mari ou de justice, de telle sorte que les obligations qu'elle aurait contractées en violation de cette clause doivent être déclarées nulles par les tribunaux ?

La question se pose abstraction faite de tout régime matrimonial, puisqu'il ne s'agit pas là d'une convention relative aux biens, mais seulement à la capacité des personnes.

43. — Par deux arrêts rendus en 1875 et en 1877, la Cour de Paris a jugé qu'un tel pacte ne sortait pas des limites que le Code a fixées à la liberté des conventions matrimoniales (1). Le 17 novembre 1875 la troisième chambre a décidé qu'une femme séparée de biens par

(1) Paris, 17 novembre 1875, Sir. 76, II, 65 ; 6 décembre 1877, Sir. 78, II, 161.

son contrat de mariage pouvait valablement dans ce contrat « s'interdire le droit de s'engager pour son mari ou de payer pour son compte aucune dette, directement ou indirectement ». Le 6 décembre 1877, elle validait la clause suivante insérée dans un contrat de mariage établissant le régime de communauté réduite aux acquêts : « Le présent article ayant pour objet d'assurer la conservation d'une partie de la fortune de la future épouse, celle-ci ne pourra, même avec le consentement de son mari ou de justice, s'obliger envers les tiers ; ses engagements à cet égard seront considérés comme nuls et de nul effet. »

Bien que ces arrêts aient été rendus dans deux espèces différentes, puisque dans la première la femme était séparée de biens et que la clause litigieuse ne stipulait pas l'incapacité absolue pour la femme de s'obliger, mais seulement son incapacité de cautionner son mari, tandis que dans la seconde la femme était soumise à la communauté réduite aux acquêts, et qu'il y avait stipulation de l'incapacité générale de s'obliger, la difficulté qu'ils soulèvent est la même, les mêmes principes sont en jeu ; le second arrêt ne fait que donner un corps au premier et rendre plus saisissable la théorie sur laquelle ils reposent l'un et l'autre. Il s'agit dans les deux cas d'une incapacité conventionnelle de la femme mariée ; et, comme nous l'avons dit, la question se pose de la même façon, quel que soit le régime adopté par les époux.

44. — Les arguments par lesquels on a défendu la théorie de la Cour de Paris sont les suivants.

L'article 1387 a posé en termes énergiques le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Les époux peuvent régler comme ils l'entendent les conditions de leur association, pourvu qu'ils ne dérogent pas aux lois

qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs (art. 6) ou aux dispositions prohibitives du Code (art. 1388). Dans l'espèce, les bonnes mœurs sont manifestement hors de cause ; l'ordre public ne reçoit non plus aucune atteinte : on ne peut pas dire en effet qu'il y ait un piège tendu par les époux à la bonne foi des tiers, puisque depuis la loi du 10 juillet 1850 les contrats de mariage sont connus ou peuvent aisément l'être. D'autre part, dans les rapports des époux entre eux, les raisons d'ordre public, loin d'être contraires à la clause d'incapacité, réclament au contraire énergiquement en sa faveur. Un principe supérieur d'ordre public n'oblige-t-il pas à reconnaître au père de famille le droit de stipuler au profit de sa fille la clause d'incapacité et de la protéger ainsi contre des promesses désastreuses toujours facilement arrachées. Que l'on ne dise donc pas qu'un tel pacte est contraire à l'ordre public. L'article 1387 pose la règle de la libre convention, les articles 1388, 1389, 1390 déterminent limitativement quelles exceptions elle doit souffrir. Or, parmi ces prohibitions, il n'y en a pas une qui interdise de diminuer ou même d'annihiler la capacité des parties.

Sans doute il est de principe que la capacité des personnes est réglée par la loi et ne peut jamais l'être par la convention : ce principe est absolument incontestable. En règle générale, la loi seule a le pouvoir de faire des capables, mais dans un cas particulier elle permet aux parties de modifier par convention leur capacité, et ce cas est justement celui du mariage. Le contrat de mariage jouit d'immunités spéciales, la loi se subordonne ici à la convention des parties, et le principe que la loi seule règle la capacité des personnes « reçoit une exception quand il s'agit de conventions matrimoniales établies

dans l'intérêt du patrimoine des femmes et en vue des enfants à naître du mariage (1) ». Dans les contrats de mariage, la capacité des époux varie suivant le régime qu'ils adoptent ; par l'effet de leurs conventions matrimoniales ils étendent ou restreignent leur capacité, ils peuvent se créer à eux-mêmes une véritable incapacité contractuelle.

La preuve d'ailleurs que rien ne s'oppose à la validité de la clause litigieuse, c'est que la législation du Code civil donne elle-même un exemple analogue. Lorsque organisant le régime dotal elle permet à la femme de rendre dotaux tous ses biens présents et à venir, et de se placer ainsi dans l'impossibilité d'aliéner, d'engager ou de disposer d'une manière quelconque, n'est-ce pas une incapacité contractuelle absolue qu'elle autorise ? Si donc la loi permet d'établir l'incapacité absolue sous le régime dotal, rien n'empêche de l'établir sous les autres régimes, puisque les époux peuvent combiner à leur gré les divers régimes nuptiaux et notamment rendre les biens inaliénables sous le régime de séparation de biens ou introduire dans le régime de communauté les règles de la dotalité. De telles clauses ne font qu'appliquer le principe fondamental du régime dotal.

45. — La portée de ces innovations était considérable : c'était une véritable révolution dans le droit des gens mariés que la jurisprudence tendait à consacrer. La clause litigieuse à peu près inconnue jusqu'alors dans la pratique notariale serait devenue de style dans beaucoup de contrats de mariage : elle eût remplacé en l'aggravant le régime dotal, puisqu'à l'inaliénabilité des biens elle joignait l'incapacité absolue de la femme. C'eût été,

(1) Arrêt du 6 décembre 1877.

comme on l'a dit, une résurrection renforcée du sénatus-consulte Velléien : le Velléien ne limitait la capacité des femmes qu'en leur défendant de s'obliger et d'obliger leurs biens dans l'intérêt d'un tiers quelconque, c'est-à-dire d'intercéder pour autrui, ou, pour parler le langage du Code, de cautionner ; elles restaient libres de s'obliger elles-mêmes envers les tiers (1). L'arrêt de 1875 en était resté là, mais avec celui de 1877 on avait dépassé cette mesure : ce n'était plus une incapacité spéciale, restreinte, c'était une incapacité générale et absolue. Aussi, dès son apparition, cette thèse souleva-t-elle dans la doctrine de vives protestations.

46. — Et d'abord, elle exagérait singulièrement le principe de la liberté des conventions matrimoniales.

Que dit l'article 1387 ? La loi ne régit l'association conjugale *quant aux biens* qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. Cette disposition n'a aucunement trait *aux personnes* : ce qui touche à leur capacité ou à leur état est du domaine de la loi et non de celui de la convention.

Toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi : l'article 1123 le dit expressément. Or, l'article 1124, nous l'avons vu, ne restreint la capacité de la femme mariée que dans des cas limitativement déterminés : elle peut, avec l'autorisation de son mari ou de justice contracter et s'obliger comme son mari lui-même. Cette capacité, telle que la loi la définit, est d'ordre public et il n'est pas permis d'y déroger par des conventions particulières. « Nul n'est maître de disposer à volonté de son état, et de se rendre pour l'avenir capable ou incapable de s'obliger (2). » D'autant que la li-

(1) Accarias, II, nos 574, 576.

(2) Valette, *Mélanges*, I, p. 514.

berté individuelle est le fondement de la capacité civile, et que toute atteinte à la capacité est une atteinte à la liberté.

Ce principe que la loi seule doit régler la capacité des parties, l'opinion adverse ne le conteste pas, mais on dit qu'il subit une exception dans le cas du contrat de mariage, et cela dans l'intérêt de la conservation du patrimoine de la femme. Sur quoi se fonde cette dérogation à la règle générale ? Sur la faveur dont jouit le contrat de mariage ? Mais c'est là une pétition de principe. Si on admet une exception sans la justifier, on admettra aussi bien toutes celles que les circonstances feront juger nécessaires, et logiquement, il faudra aller jusqu'à dire que la femme pourra, par contrat, se rendre incapable de faire toute espèce d'actes, soit avec le mari, soit avec les tiers. On n'ose pas aller cependant jusque-là : dans ses conclusions sur l'arrêt de 1877, et bien qu'il fût partisan de la doctrine que nous combattons, l'avocat général reconnaissait cependant que la liberté devait être circonscrite, que les parties par exemple ne pourraient pas renoncer par contrat de mariage à se faire des donations mutuelles. Pourquoi prohiber cette clause, et valider celle relative à l'incapacité absolue de la femme ? On ne le voit pas. Du moment qu'on admet une exception non justifiée par les textes, il n'y a pas de raison pour repousser les autres, autrement, qui déterminera la limite de ce qui est licite et de ce qui ne l'est pas ?

La vérité est que, si l'on sort des principes posés par le Code : à savoir que les femmes mariées ne sont incapables que dans les cas exprimés par la loi, et d'autre part que la capacité des personnes n'est pas dans le domaine des conventions particulières, il n'y a plus de règle certaine, et tout est laissé à l'arbitraire. La capacité de

la femme est de droit naturel et positif; elle ne peut elle-même s'interdire pas plus que le mari ne pourrait se placer sous la tutelle de la femme (1).

Le second argument de la doctrine opposée consiste à citer l'exemple de la loi elle-même, mais il n'est pas plus concluant que celui que nous venons d'examiner.

En permettant de grever de dotalité tous les biens de la femme présents et à venir, le Code la place, prétend-on, dans un état d'incapacité absolue, et les parties ne font qu'imiter la loi en stipulant une incapacité contractuelle.

Ce système confond deux choses de nature fort différente.

On ne peut nier sans doute que les parties aient le droit de combiner le régime dotal avec d'autres régimes et de rendre inaliénables les propres de la femme, soit sous le régime de communauté, soit même, bien qu'on l'ait contesté, sous le régime de séparation de biens.

Mais est-ce à dire que le régime dotal ait pour effet de frapper la femme d'une incapacité personnelle au sens propre du mot? Ce serait une nouveauté étrange. Il est en effet admis aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence que le régime dotal n'ôte rien en principe à la capacité de la femme mariée. Ce qui est protégé c'est la dot, non la personne; et, si la dot est inaliénable, la femme reste capable. Si l'on veut dire pourtant que cette inaliénabilité diminue la capacité de la femme tout au moins quant à l'impossibilité de s'obliger sur ses biens dotaux, soit! C'est alors une *incapacité réelle* relative aux seuls biens dotaux; mais en dehors de ces biens, la capacité personnelle et naturelle de la femme subsiste entière.

S'il est vrai que pendant le mariage la dot est protégée,

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, I, n° 90.

qu'elle l'est même après sa dissolution dans les mains des héritiers aussi bien que dans celles de la femme, s'il est vrai que la protection s'étend aux revenus comme au capital, il est vrai aussi que l'obligation contractée par la femme n'est pas nulle, qu'elle peut s'exécuter sur les biens paraphernaux s'il en existe, ou, en cas de survivance de la femme, sur les biens personnels qui lui sont échus depuis la dissolution du mariage. M. Demolombe déclare qu'il n'y a aucun texte qui rende la femme mariée incapable de s'obliger avec l'autorisation de son mari, qu'avec cette autorisation elle « devient aussi capable de s'obliger que si elle était libre », que cette proposition est vraie sous tous les régimes et qu'il n'y a rien de spécial à ce sujet pour le régime dotal, et qu'enfin si les obligations ainsi contractées ne peuvent pas être exécutées sur les biens dotaux, c'est dans l'article 1554 seul qu'il faut en chercher la cause (1). Cette doctrine est conforme non seulement à l'esprit de la loi, mais aussi aux plus anciennes décisions de la jurisprudence des pays de droit écrit. M. Demolombe (2) dit avoir recueilli sur ce point les témoignages des doyens des Facultés de droit d'Aix et de Toulouse à une époque où les traditions de la dotalité n'étaient pas encore oubliées (3).

Écoutons encore M. Labbé : « La femme mariée sous le régime dotal est capable de s'obliger. N'eût-elle aucun bien paraphernal, eût-elle constitué en dot tous ses biens présents et à venir, elle n'en eût pas moins la capacité de s'obliger. Elle est dans la position d'un débiteur qui n'a pas de biens... Elle a la chance d'acquérir des biens nouveaux après la dissolution du mariage. Cela suffit pour

(1) *Revue de Législation*, t. II, p. 282.

(2) *Loc. cit.*, p. 295.

(3) L'article est de 1835.

que son obligation soit en général et d'une manière abstraite valable » (1).

L'erreur de la doctrine adverse consiste donc à considérer la femme dotale comme frappée d'une incapacité personnelle, alors qu'elle n'est frappée que d'une incapacité réelle ; à la croire absolument incapable de s'obliger avec l'autorisation de son mari, alors qu'elle n'est incapable de s'obliger que quant aux biens dotaux ; à regarder enfin les obligations contractées par elle comme nulles dès leur naissance, tandis qu'en elles-mêmes elles sont parfaitement valables. Ce sont là les différences profondes qui séparent l'inaliénabilité dotale de la clause de non-cautionnement et d'incapacité absolue que la jurisprudence de la Cour de Paris avait essayé d'introduire et c'est pour avoir voulu les assimiler qu'elle a fait fausse route.

L'assimilation sur laquelle repose cette doctrine n'est donc pas fondée : le régime dotal ne crée qu'une incapacité réelle et relative ou, comme on l'a dit, une « insolvabilité contractuelle » (2), tandis que la clause litigieuse établirait une incapacité personnelle et absolue : « Si le régime dotal stipulé seul dans toute sa pureté ne frappe pas la femme d'une incapacité véritable sanctionnée par la nullité des obligations qu'elle contracte pendant le mariage, la combinaison de l'inaliénabilité dotale avec un autre régime ne saurait avoir cet effet. L'argument tiré de la faculté de combiner l'inaliénabilité dotale avec tous les régimes matrimoniaux n'a donc aucune portée (3). »

47. — Aussi comprend-on que M. Valette ait qualifié « d'innovation inouïe » la doctrine que nous venons de

(1) *Revue critique*, t. IX, p. 1 et suiv.

(2) Challamel, *Revue critique*, 1880, p. 8.

(3) Lyon-Caen, Note sur l'arrêt de 1875 ; *Sir.*, 76, II, 63.

combattre, et que le savant professeur ait appelé sur cette jurisprudence la censure de la Cour suprême : « La nullité de l'obligation d'une femme mariée majeure autorisée de son mari, nullité que l'on tirerait des conventions matrimoniales de cette femme, est une monstruosité inconnue jusqu'à ce jour, et que, à coup sûr, la Cour de cassation ne laissera pas se glisser dans la jurisprudence. Elle saura maintenir le principe que nul ne peut, par une clause de contrat, se placer dans un état d'incapacité personnelle absolue de faire certains actes (1). » C'est, en effet, l'opinion à laquelle la Cour de cassation s'est ralliée. Le 22 décembre 1879, elle a cassé la seconde décision de la Cour de Paris, en motivant son arrêt sur les considérations qui suivent : 1° les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public, d'où il résulte qu'en dehors des cas spécialement prévus par la loi, les stipulations ou conventions ayant pour objet de modifier ou de restreindre la capacité de la femme mariée sont radicalement nulles ; 2° aucun texte de loi n'autorise la femme qui se marie à stipuler d'une manière absolue qu'elle s'interdit de s'obliger envers les tiers, même avec l'autorisation du mari ou de justice, et de se placer dans un état d'incapacité conventionnelle (2).

§ III. — Influence du régime adopté sur la capacité de la femme mariée.

48. — Nous n'avons étudié jusqu'ici la capacité de la femme mariée qu'abstraction faite du mode d'association stipulé par les époux. Il importe d'aborder maintenant

(1) *Mélanges*, I, p. 525.

(2) Cass. 22 décembre 1879 ; Dall., 80, I, 112.

un côté plus pratique de la question et de rechercher l'influence du régime adopté sur la capacité de la femme mariée et les dérogations que les conventions matrimoniales peuvent faire subir aux règles qui déterminent sa capacité sous chacun des régimes nuptiaux.

49. — En principe, la femme mariée sous le régime de communauté soit légale, soit conventionnelle, ne jouit d'aucun droit, qu'il s'agisse des biens de la communauté ou qu'il s'agisse de ses propres.

Les premiers sont administrés par le mari seul, sans que la loi limite en quoi que ce soit son pouvoir d'administrateur : il peut les aliéner, les hypothéquer (art. 1421) et même les donner sous la réserve exprimée par l'article 1422. Ces droits, pour ainsi dire absolus, sont de l'essence de la communauté entre époux, et, nous l'avons vu, la convention des parties ne saurait les modifier ni par suite donner à la femme une part, si petite qu'elle soit, dans la direction de la chose commune.

Les seconds sont, eux aussi, administrés par le mari au nom de la communauté qui a sur eux un droit de jouissance, mais ses droits sont ici restreints comme ceux de tout administrateur responsable de sa gestion et tenu de rendre compte. Les actes d'administration sont renfermés par la loi dans des limites déterminées par les articles 1428 à 1430. Quant aux actes de disposition, le mari ne peut les faire, l'article 1428 est formel ; c'est à la femme seule que ce droit appartient, soit qu'elle l'exerce elle-même à condition d'être autorisée, soit qu'elle donne à son mari, pendant le mariage, mandat de l'exercer en son nom.

Mais comme le mari tient ici ses pouvoirs d'administrateur de la volonté de la femme, la loi permet aux époux de déroger par leurs conventions aux règles qu'elle

a tracées et qui forment le droit commun du régime de communauté. La femme pourra donc garder pour elle tout ou partie des droits que la loi confère au mari, c'est-à-dire se réserver, dans la mesure où elle le jugera nécessaire, la jouissance et l'administration de ses propres.

Cette faculté ne saurait toutefois s'étendre aux actes de disposition, le Code a eu soin de le dire dans l'article 1538 : « Dans aucun cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement spécial de son mari ou, à son refus, sans être autorisée de justice. Toute autorisation générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle. »

L'autorisation doit donc être spéciale. Que faut-il entendre par là ?

Est-il nécessaire, pour que l'autorisation soit spéciale, qu'elle vise un acte déterminé, achat ou vente, dont l'époque aura été fixée et les conditions soigneusement précisées, ou suffit-il qu'elle s'applique à une opération juridique déterminée par sa nature avec indication des immeubles sur lesquels elle devra porter, mais sans spécifier l'époque ni les conditions.

Bien que d'éminents interprètes du droit civil admettent la seconde interprétation, il nous semble que la première est préférable, car elle est conforme à la lettre de l'article 1538 et à l'esprit général du Code sur la nature de l'autorisation maritale : la loi veut un consentement spécial donné en connaissance de cause et circonstancié pour chaque vente, chaque emprunt, etc. On peut critiquer la loi sur ce point et dire que ses exigences dépassent le but qu'elle a voulu atteindre, mais on ne peut l'interpréter autrement.

Il ressort de ce qui précède que l'autorisation spéciale

donnée quant à l'aliénation d'un immeuble ne saurait trouver sa place dans un contrat de mariage, à moins qu'il ne s'agisse d'une opération déjà décidée et qui devra suivre de près la célébration du mariage.

50. — Les règles relatives à l'aliénation des immeubles sont les mêmes sous le régime de séparation de biens que sous le régime de communauté; mais s'il en est ainsi pour les immeubles, la femme ne pourrait-elle pas, en se mariant sous le régime de la séparation de biens, stipuler qu'elle aura le droit de disposer librement de ses biens mobiliers et de les aliéner comme bon lui semblera?

La question divise les meilleurs auteurs, et on peut dire qu'elle n'a pas encore été résolue d'une façon expresse par la jurisprudence.

L'article 1449 déclare que la femme séparée de biens a la « libre administration » de son patrimoine et que de plus elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. Cette règle est relative, il est vrai, à la séparation judiciaire, mais quelle différence y a-t-il entre elle et la séparation conventionnelle? Leur origine diverse ne modifie aucunement les règles tracées par la loi pour l'une et pour l'autre.

Au nombre des actes d'administration auxquels notre article se réfère, on est d'accord pour faire figurer tous ceux qui, de droit commun, rentrent dans la notion de ce droit largement entendu. Ainsi, la femme séparée de biens pourra toucher ses revenus et en donner quittance, faire des baux ne dépassant pas neuf ans, recevoir ses capitaux mobiliers et en donner quittance, placer ses capitaux mobiliers et ses économies, acquérir, sans autorisation, des immeubles dans la mesure des placements qu'elle peut faire. Sans doute la capacité de la femme

ainsi comprise dépasse celle que la loi reconnaît à un administrateur ordinaire et singulièrement au mineur émancipé auquel on a voulu quelquefois la comparer. Mais il faut bien se garder d'assimiler les deux situations. Le droit que la loi reconnaît à la femme séparée de biens est une *libre* administration, et cette qualification que lui donne l'article 1449 ne se retrouve dans aucune des dispositions qui ont trait aux pouvoirs du mari ou du mineur émancipé. L'article 1428 emploie le mot administration sans le définir autrement ; l'article 481 qualifie le pouvoir du mineur de *pure* administration. Il faut donc reconnaître à la femme un droit extensif de la notion de l'administration ordinaire telle qu'elle est accordée au mari ou au mineur émancipé, et par suite lui accorder des pouvoirs plus étendus que ceux qui appartiennent au mari, lorsque le régime stipulé lui donne l'administration des biens.

L'article 1449, nous l'avons vu, permet à la femme séparée de biens de disposer de son mobilier et de l'aliéner. Quelle est au juste l'étendue de ce droit de disposition ?

Une certaine hésitation s'est produite dans l'interprétation de ce texte, elle vient du conflit qui existe entre l'article 1449 et l'article 217. L'article 217 porte que la femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut pas aliéner sans l'autorisation de son mari. L'article 1449 au contraire donne à la femme séparée de biens le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner. Y a-t-il entre ces deux textes une contradiction formelle, ou n'y a-t-il simplement qu'une règle et une exception ? C'est cette seconde manière de voir que la plupart des interprètes ont adoptée. L'article 217, disent-ils, formule la règle : la femme ne peut aliéner sans autorisation ; l'ar-

ticle 1449 pose l'exception : elle peut aliéner ses meubles dans la mesure de son droit d'administration, parce que le droit d'aliéner n'est alors que la conséquence de son droit d'administrer.

Cette conciliation admise, faut-il s'en tenir strictement à ses termes, borner là le droit de la femme et décider que les aliénations mobilières par elle consenties pourraient être annulées par cela seul que, d'après leur objet et leur importance, elles ne présenteraient plus le caractère de simples actes d'administration ?

De savants jurisconsultes l'ont pensé : dans leur opinion, l'article 1449 ne lève l'incapacité de la femme que d'une manière restreinte, et il n'est pas permis d'accroître, par voie d'interprétation, les exceptions à une incapacité qui est d'ordre public.

Cette explication est inexacte et contraire à la fois à la pensée du législateur et à la lettre de l'article 1449. L'administration que la loi reconnaît à la femme séparée de biens est une administration exceptionnelle : elle comprend des pouvoirs plus étendus que ceux qui, de droit commun, appartiennent à un administrateur quelconque : cela est si vrai que notre article définit lui-même, dans son second paragraphe, ce qu'il faut entendre par *libre administration*, elle comprend le droit de disposer des meubles et de les aliéner sans qu'aucune restriction vienne limiter ce pouvoir. Cette disposition est conçue en termes absolus et ne permet aucune distinction. L'esprit de l'article 1449 se révèle plus particulièrement encore par le dernier paragraphe de ce texte qui, mettant en opposition le mobilier et les immeubles, soumet la femme à la nécessité de l'autorisation pour l'aliénation des immeubles, alors qu'il lui donne, sans condition, le pouvoir de disposer de son mobilier et de l'aliéner. En présence d'un texte aussi

clair, il ne saurait donc y avoir d'hésitation sur l'étendue des droits de la femme en ce qui concerne ses biens meubles.

Cette interprétation est d'ailleurs commandée par la nature des choses. Comment soumettre les tiers qui veulent traiter avec une femme séparée de biens, à la nécessité de s'enquérir des motifs qui la portent à aliéner une partie plus ou moins considérable de son mobilier? « Un pareil système serait pour ainsi dire un piège tendu à leur bonne foi et aurait l'inconvénient de faire naître une foule de contestations qui ne pourraient être décidées que par une appréciation plus ou moins arbitraire (1). »

Les monuments de la jurisprudence sont très rares sur cette matière. Un jugement du tribunal de la Seine, du 9 juillet 1872 (2), a décidé que la femme a, en vertu de l'article 1449, le droit de disposer de ses biens meubles de la façon la plus large, qu'il s'agisse de meubles meublants ou de valeurs mobilières, et qu'en conséquence la justice n'a pas à l'autoriser à aliéner des rentes sur l'Etat, ce pouvoir lui étant directement conféré par la loi.

Mais la Cour de cassation ne s'est pas prononcée d'une façon formelle sur cette grave question : les arrêts que l'on pourrait citer ne sont relatifs qu'à la capacité de s'obliger et non à la capacité d'aliéner ; ils ne statuent donc qu'à côté de la question.

Dans la pratique, l'aliénation par les femmes de leurs biens meubles se rapporte surtout à des valeurs mobilières. Si les valeurs sont au porteur, l'aliénation ne présente aucune difficulté ; si ce sont des titres nominatifs, les femmes les convertissent en titres au porteur. C'est jus-

(1) Aubry et Rau, V, p. 403.

(2) Dall. 72, III, 96.

ment sur cette opération que la question de la capacité des femmes séparées de biens s'est posée devant la Cour suprême.

Pour assurer leur sécurité, les compagnies des chemins de fer ont consulté la justice sur la nature de cette conversion, et pour avoir une décision, elles ont fait plaider que la conversion équivalait à une aliénation. La Cour de cassation a répondu qu'il n'y avait pas là un acte de disposition, mais seulement un acte d'administration qui rentre dans la limite des actes que la femme peut faire sans autorisation (1). Cet arrêt n'a donc pas résolu la question qui nous occupe. La décision qu'il donne relativement au pouvoir d'administration de la femme séparée de biens ne serait d'ailleurs plus exacte aujourd'hui, puisque l'article 10 de la loi du 27 février 1880 relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs considère la conversion des titres nominatifs en titres au porteur comme un acte d'aliénation soumis aux mêmes conditions et formalités que l'aliénation ordinaire. Or, cet article est général, c'est-à-dire ne s'applique pas seulement aux mineurs, mais à tous les incapables. Ce que l'on déciderait pour l'aliénation serait donc également vrai pour la conversion, en ce sens qu'il faudrait à la femme la même capacité pour l'une et l'autre opération.

Quoi qu'il en soit, nous pensons avec notre éminent maître M. Bufnoir que ce ne saurait être là un appoint à l'opinion qui restreint à la mesure d'une large administration le droit de disposition de la femme séparée de biens. La conciliation entre les articles 217 et 1449 admise comme point de départ, on ne saurait, sans mécon-

(1) Cass., 13 juin 1876; Dall., 78, I, 181.

naître la disposition formelle de ce dernier article refuser à la femme le droit d'aliéner son mobilier avec la plus entière liberté.

51. — La stipulation du régime de séparation de biens ne produit pas sur l'incapacité de s'obliger les mêmes effets que sur l'incapacité d'aliéner. Ce sont là deux incapacités distinctes, indépendantes l'une de l'autre, bien que résultant l'une et l'autre de l'article 217.

Si l'article 1449 lève l'incapacité d'aliéner d'une manière absolue quant aux meubles, il n'en est pas de même de l'incapacité de s'obliger, la loi ne la lève que dans la mesure nécessaire à l'administration de la femme et pour les besoins de cette administration. L'article 1449 n'a pas dérogé sur ce point, même implicitement, à l'article 217 et il n'a pas permis à la femme séparée de biens d'engager son mobilier pour toute espèce d'obligations par cela seul qu'il lui a donné le pouvoir de disposer de ce mobilier. On comprend sans peine la différence : le droit d'aliéner les meubles peut rentrer dans la notion d'une libre administration, tandis qu'il n'en saurait être de même de la faculté de s'obliger. En conséquence, il a été jugé qu'un emprunt contracté par une femme séparée de biens sans autorisation de son mari doit être annulé s'il n'est pas établi que les sommes empruntées ont été employées à de légitimes nécessités de l'administration des biens de la femme et qu'elles ont été versées dans ce but (1).

Nous avons dit que si l'article 1449 refuse à la femme la capacité générale de s'obliger sur son mobilier, il lui permet cependant de l'engager implicitement pour les faits relatifs à l'administration de son patrimoine : c'est qu'en effet un tel pouvoir n'est que la conséquence forcée

(1) Paris, 27 novembre 1857; Dall. 57, II, 230.

du droit d'administrer que la loi lui attribue, et c'est par suite dans le premier paragraphe de l'article 1449 et non dans le second qu'il faut chercher le fondement de ce droit. Il va de soi que l'obligation ainsi contractée par la femme dans la mesure de son administration pourra être poursuivie non seulement sur ses meubles, mais aussi sur ses immeubles, car tous les biens quels qu'ils soient, doivent être le gage des créanciers (art. 2092).

52. — Telle est la mesure dans laquelle la convention des parties peut, en stipulant la séparation de biens, étendre la capacité de la femme mariée. Mais ces limites ne sauraient être dépassées. Ainsi, la femme ne pourrait pas se réserver le droit d'ester en justice, même pour les actes relatifs à son droit d'administration : bien qu'elle soit capable de toucher ses revenus ou ses capitaux, et par suite d'en poursuivre le recouvrement par voie d'exécution, elle ne peut cependant, sans autorisation, ni introduire en justice une action relative à ses revenus ou capitaux, ni défendre à une action de cette espèce (1). Elle ne pourrait non plus stipuler le droit de disposer entre-vifs à titre gratuit de tout ou partie de son mobilier. On a voulu soutenir le contraire, en se fondant sur les expressions disposer et aliéner qui sont employées cumulativement dans le deuxième alinéa de l'article 1449 ; mais cette interprétation doit être repoussée car elle mettrait l'article 1449 en opposition évidente avec l'article 903 dont la disposition conçue en termes généraux s'applique aussi bien aux donations mobilières qu'aux donations immobilières. De même, le contrat de mariage ne saurait permettre à la femme séparée de biens de contracter des dettes par voie d'emprunt si ce n'est dans la mesure de

(1) Cass., 13 novembre 1844; Sir., 45, I, 45.

son administration, ni d'aliéner sans autorisation ses immeubles à titre onéreux ou gratuit, ni enfin de les grever de servitudes ou d'hypothèques.

Par identité de raisons, elle ne peut transiger sur ses droits immobiliers, mais il lui est permis de transiger sans autorisation sur les difficultés relatives à ses droits mobiliers. L'article 2043 du Code civil dit en effet que pour transiger il suffit d'avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ; or, la femme séparée a le droit de disposer de son mobilier et de l'aliéner. MM. Aubry et Rau donnent une solution différente, mais on ne voit pas sur quels arguments les savants auteurs fondent leur décision.

Pourrait-elle enfin se réserver le droit de compromettre sans autorisation sur les contestations relatives à l'administration de ses biens et à son mobilier ? L'affirmative a été soutenue. L'article 1003 du Code de procédure civile, a-t-on dit, porte que toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition. Or l'article 1449 donne à la femme séparée le droit d'administrer ses biens et d'aliéner son mobilier ; le droit de compromettre n'est pas analogue au droit d'être en justice, lequel est refusé à la femme séparée de biens : il dérive uniquement du droit d'aliéner. Cette doctrine n'est pas exacte. L'article 1004 du Code de procédure défend de compromettre sur les contestations sujettes à communication au ministère public : or, les causes des femmes non autorisées de leurs maris sont justement au nombre de celles qui, aux termes de l'article 83, doivent être communiquées.

Une dernière question se pose relativement à la capacité de la femme séparée de biens. Dans la mesure où il est permis d'élargir les pouvoirs de la femme, ces pou-

voirs sont-ils sans correctif, et le mari ne conserve-t-il aucun droit de surveillance ou de contrôle, ou bien au contraire ne peut-il pas demander à la justice que la femme soit tenue selon les circonstances de prendre certaines mesures de précaution?

Les arrêts n'ont jugé sur ce point que pour le cas particulier où les époux étaient mariés sous le régime dotal. Mais M. Demolombe généralise leur solution : il pense que sous tous les régimes, le mari a le droit de demander que la femme soit obligée de prendre suivant les circonstances telles précautions que la justice ordonnera. Il fonde le droit de surveillance du mari sur les articles 203, 213, 1388, c'est-à-dire sur « cette autorité qui le constitue le chef de la famille et le gardien suprême de tous ses droits ; or cette autorité existe sous tous les régimes matrimoniaux, ces articles sont là, si j'osais le dire ainsi, la charte constitutionnelle de la famille ».

53. — Sous le régime dotal, les biens de la femme se composent de deux masses distinctes : les paraphernaux qui forment la règle et dont la femme a, de par la loi, l'administration et la jouissance, les biens dotaux qui sont l'exception et dont l'administration et la jouissance appartiennent au mari.

La femme dotale a sur ses paraphernaux, les mêmes droits que sur l'ensemble de son patrimoine sous le régime de séparation de biens : elle peut donc aliéner sans autorisation ses meubles paraphernaux, et sans distinguer si leur aliénation est une conséquence et un moyen de son droit d'administrer ou si elle a toute autre cause. Sans doute, à première lecture, l'article 1576 qui emploie le terme général de biens paraphernaux et ne fait aucune distinction entre les meubles et les immeubles, semblerait autoriser à soutenir le contraire et à décider que la

femme ne peut pas aliéner sans autorisation ses meubles paraphernaux : cette opinion a été défendue en effet par MM. Rodière et Pont et par M. Laurent (1), mais il ne faut pas s'arrêter à une interprétation aussi rigoureuse. La comparaison des articles 1449, 1536 et 1538 montre en effet que le législateur a toujours considéré l'aliénation des meubles de la femme comme rentrant dans son droit de libre administration. Il n'y a, ce semble, aucune différence entre les paraphernaux et les biens dont le régime de séparation de biens laisse à la femme l'administration et la jouissance et partant, on ne peut invoquer aucune bonne raison pour refuser à la femme dotale un droit qui appartient à la femme séparée de biens et plus généralement à toute femme qui s'est réservé dans son contrat de mariage l'administration et la jouissance de tout ou partie de ses biens.

Cela nous amène à dire que l'on doit regarder comme inutile la clause assez usitée dans les pays qui n'ont pas conservé les pures traditions du droit écrit, et par laquelle la femme, se mariant sous le régime dotal, stipule qu'elle aura le droit d'aliéner sans autorisation ses meubles paraphernaux. Dans les pays de droit écrit, en effet, on reconnaissait pleinement à la femme, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, le droit d'aliéner ses paraphernaux sans autorisation, et c'est justement pour restreindre cette faculté à l'aliénation des meubles que les rédacteurs du Code ont introduit l'article 1576.

54. — Quant aux biens dotaux proprement dits, nous avons vu que si, d'après le droit commun, l'administration et la jouissance appartiennent au mari, les conventions peuvent apporter certaines dérogations aux règles

(1) Rodière et Pont, III, nos 2003, 2005 ; Laurent, XXIII, n° 586.

tracées par le Code. Ainsi, le contrat peut porter : 1^o que la femme touchera, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins ; 2^o qu'elle se réserve en tout ou en partie l'administration de ses biens dotaux. Cette seconde clause, qui ne tend à rien moins qu'à faire pénétrer partiellement les règles de la séparation de biens dans le régime dotal, tout en conservant le caractère de dotalité aux biens dont la femme se réserve l'administration, a été vivement critiquée. Nous avons déjà donné les raisons qui permettent de valider cette clause ; nous aurons à revenir sur cette matière en étudiant la combinaison des différents régimes matrimoniaux.

55. — Il a été dit précédemment, que l'incapacité de la femme dotale est purement réelle et relative, c'est-à-dire qu'elle tient uniquement à ce que ses obligations ne peuvent s'exécuter sur ses biens dotaux : il en résulte que si la convention pouvait autoriser l'aliénation desdits biens, l'incapacité disparaîtrait par cela même dans la mesure où cette aliénation aurait été permise.

Nous sommes donc conduits à rechercher : 1^o si la convention peut rendre aliénables les biens dotaux, et 2^o une fois la faculté d'aliéner admise, quelles modifications elle apporte à l'incapacité de la femme dotale.

Quant aux meubles dotaux, la jurisprudence a déclaré depuis longtemps qu'ils sont aliénables sans même que la faculté d'aliéner ait été stipulée dans le contrat de mariage. Mais la dot mobilière, considérée en faisant abstraction des biens qui la composent, est inaliénable en ce sens que la femme ne peut, par aucun acte accompli pendant le mariage, disposer directement ou indirectement de l'action en restitution dont elle est investie envers le mari, ni de la garantie hypothécaire attachée par

la loi à cette action (1). Bien que cette jurisprudence soit contraire à la disposition de l'article 1554, le plus sage est de s'y rallier, car elle est si bien établie et son système est tellement cohérent qu'il serait regrettable de l'ébranler. Comme l'a très bien dit M. Barboux, « la jurisprudence placée en face des nécessités de la vie sociale n'a pas craint de heurter quelquefois la doctrine (2). » Il faut donc l'adopter telle quelle, sous cette réserve cependant qu'on ne peut pas, comme le fait la Cour suprême, accorder au mari, agissant seul, le droit d'aliéner les meubles dotaux. Une telle décision est contraire à l'article 1549 : le consentement de la femme est nécessaire.

Pour les immeubles dotaux, la loi a permis expressément aux futurs époux de stipuler dans leur contrat de mariage, la faculté d'aliéner et d'hypothéquer (art. 1557). Le législateur moderne a pensé que le principe de la liberté des conventions matrimoniales devait dominer ce régime comme tous les autres. C'est sur la proposition de Berlier que fut introduite cette disposition que n'avaient connue ni le droit romain, ni la grande majorité des pays de droit écrit.

Le principe de l'inaliénabilité dotale n'est donc pas invincible : la volonté des contractants peut le faire fléchir. S'il en est ainsi, quelle modification la faculté d'aliéner les biens dotaux apporte-t-elle à l'incapacité de la femme ?

En premier lieu, la faculté d'aliéner l'immeuble dotal entraîne-t-elle la faculté de l'hypothéquer ? La négative est généralement admise (3). « La femme qui se marie

(1) Cass., 1^{er} février 1819, Sir. 19, I, 146; Chambres réunies, 14 novembre 1846, Sir., 46, I, 824; Cass., 26 août 1851, Sir., 51, I, 805.

(2) Discours de rentrée de la Conférence des avocats, 3 décembre 1881.

(3) Cass., 25 janvier 1830; Chambres réunies, 29 mai 1839; Cass., 1^{er} décembre 1868.

sous le régime dotal, montre qu'elle craint de manquer d'énergie pour résister à l'influence de son mari, lorsqu'il la sollicitera de disposer de ses biens dans l'intérêt de son crédit : si elle stipule que l'immeuble dotal sera aliénable, c'est qu'elle se sent assez forte pour résister quand son mari la sollicitera de consentir à un acte aussi grave, aussi désastreux qu'une aliénation. Mais si, en même temps, elle ne stipule pas que son immeuble sera susceptible d'hypothèque, c'est qu'au point de vue de l'hypothèque, acte bien moins grave qu'une aliénation, elle craint de céder trop facilement aux sollicitations de son mari et veut se protéger contre sa propre faiblesse (1) ». D'un autre côté, vendre peut être un acte utile de gestion du patrimoine de la femme, tandis que l'hypothèque peut n'avoir et n'a le plus souvent d'autre but que de prolonger quelque temps le crédit du mari déjà ébranlé et d'entraîner la femme dans sa ruine. D'ailleurs, dès que la convention s'éloigne du droit commun du régime dotal, elle doit être interprétée restrictivement.

En second lieu, lorsqu'une femme s'est réservé le droit d'aliéner et d'hypothéquer ses biens dotaux, de céder, transporter et vendre sans obligation d'emploi ses créances dotales, cette clause emporte-t-elle par cela même, pour la femme, le droit de céder ses reprises et son hypothèque légale à un créancier du mari ou à son propre créancier ?

La Cour de cassation s'est prononcée pour la négative (2). Sans doute, dit-elle, il est permis aux époux mariés sous le régime dotal de modifier, par leurs conventions matrimoniales, les règles auxquelles ce régime

(1) Mourlon, III, n° 377.

(2) Cass., 4 juin 1866, 2 juillet 1866, Dall., 66, I, 321.

est soumis, et de limiter dans certaines conditions le principe d'inaliénabilité. Mais les exceptions et les modifications introduites dans le contrat doivent être restreintes aux cas déterminés par le contrat lui-même ; et, en dehors de ces exceptions, les règles du régime dotal reprennent leur autorité. Or, la femme qui adopte ce mode d'association tel qu'il est établi par la loi, s'assure diverses garanties consistant notamment dans l'inaliénabilité de la dot et dans l'impuissance légale où elle est de céder les reprises et le recours hypothécaire qui lui appartiennent contre son mari. Que si elle se réserve par une disposition spéciale de son contrat de mariage le droit d'aliéner ses biens dotaux, sans stipuler le droit de céder à un tiers les reprises qu'elle pourrait avoir à exercer contre son mari et l'hypothèque légale qui y est attachée, on ne peut pas regarder la faculté d'aliéner comme contenant celle de consentir des actes de subrogation, parce que ces actes sont plus dangereux que ceux qui sont expressément réservés, et qu'ils auraient pour résultat d'enlever à la femme les garanties mêmes qui doivent servir de correctif à la liberté de disposition qu'elle stipule. La Cour suprême en conclut que, donner à la clause litigieuse une pareille extension, serait ruiner à sa base le régime dotal.

Cette interprétation est-elle vraiment conforme à l'intention des parties ?

Le point de départ de la thèse adoptée par la jurisprudence est exact : les dérogations aux principes généraux du régime stipulé par les parties doivent être renfermées dans les termes où elles ont été conçues : toute la question est donc de savoir quelle a été au juste l'intention des contractants.

Une femme s'est réservé le droit d'aliéner et d'hypo-

théquer ses immeubles dotaux, de céder et de transporter ses créances dotales ; elle cède à un tiers, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, le montant des droits et reprises qu'elle a à exercer contre son mari. L'opération intervenue est une vente dont le prix est l'argent fourni par l'acheteur à la femme ou à son mari, et dont l'objet est une créance dotale. La femme a-t-elle donc fait autre chose que d'user du droit d'aliéner qu'elle s'est expressément réservé pour ses biens dotaux ? Et si elle a cédé valablement cette créance de reprise, ne l'a-t-elle pas nécessairement aliénée avec l'hypothèque légale qui y est attachée, c'est-à-dire avec les droits de préférence et les garanties destinés à en assurer le recouvrement ? On ne peut donc pas dire que la subrogation à l'hypothèque légale limitée à la créance cédée n'est pas une conséquence directe du droit d'aliéner réservé expressément dans le contrat de mariage. Et puis, on ne voit pas quelle serait l'utilité d'une dérogation apportée en termes aussi explicites à l'inaliénabilité des biens dotaux si on ne l'interprète pas en ce sens que la femme y puise le droit de céder son action en reprises et son hypothèque légale.

Mais, objecte-t-on, l'inaliénabilité des reprises de la femme contre son mari et du droit hypothécaire qui en est la garantie est le sauvegarde contre l'aliénabilité des biens dotaux eux-mêmes : si on lui permet de les céder, on enlève toute raison d'être au régime dotal.

L'argument semble peu embarrassant et M. Gérardin le réfute en ces termes : « Cette considération ne renferme, ce nous semble, qu'une pétition de principes. Il n'est pas douteux, dans l'état actuel de la jurisprudence, que la femme ne puisse, même sous le régime dotal, se réserver sur sa dot mobilière et immobilière tous les pouvoirs qu'aurait sur ses propres une femme mariée en

communauté, notamment le droit de disposer de son action en reprises et de son hypothèque légale. Or, la question n'est-elle pas de savoir si la femme a entendu assimiler sa position, quant à sa capacité ou à la disponibilité de sa dot, à celle d'une femme non dotale (1)? » Il n'y a donc pas d'argument à tirer contre l'interprétation extensive de la clause portée au contrat de mariage, de ce qu'elle a pour résultat de priver la femme de toute protection, puisqu'on se demande précisément si les expressions employées n'indiquent pas l'intention de supprimer complètement la dotalité.

Ces principes admis, il n'est pas téméraire de conclure que la clause portée au contrat de mariage et par laquelle la femme se réserve la faculté d'aliéner et d'hypothéquer ses biens dotaux, peut, si elle est conçue en termes assez explicites, être interprétée en ce sens que la femme aura le droit de contracter des dettes sur les biens stipulés aliénables, et de les affecter comme gage à ses créanciers ou à ceux de son mari.

SECTION IV. — DES MODIFICATIONS PERMISES PAR CONTRAT DE MARIAGE AU DROIT COMMUN DES DONATIONS.

56. — La faveur que la loi attache au contrat de mariage a fait permettre aux futurs époux de déroger par leurs conventions au droit commun des donations. En principe, les donations ne doivent comprendre que des biens présents; elles ne peuvent être faites sous des conditions potestatives de la part du donateur; elles sont soumises à la solennité de l'acceptation; enfin elles ne

(1) *Revue critique*, t. XXX, p. 109.

peuvent émaner que de personnes majeures. Il en est autrement de libéralités faites entre futurs époux. Elles peuvent comprendre soit des biens présents, soit des biens à venir, soit à la fois des biens présents et à venir ; elles peuvent être faites sous des conditions potestatives de la part du donateur ; elles ne sont pas soumises à la solennité de l'acceptation ; enfin il n'est pas nécessaire que les futurs époux qui se font des donations soient majeurs : habiles au mariage, ils sont par cela même capables de faire toutes les stipulations qui sont propres à le favoriser, à la condition toutefois d'être assistés par ceux dont le consentement est nécessaire à la validité de leur mariage.

Les donations entre futurs époux jouissent donc des mêmes privilèges que les donations qui leur seraient faites par des tiers en faveur du mariage. Cependant, deux différences sont à relever. 1° Lorsque le donateur de biens présents ou de biens présents et à venir est un tiers, la donation est présumée faite également en faveur des enfants à naître du mariage : une disposition formelle est nécessaire pour restreindre aux époux l'effet de l'institution contractuelle. Entre futurs époux au contraire, les donations de biens à venir ou les donations cumulatives ne sont pas présumées faites au profit des enfants, bien plus, elles ne sont pas transmissibles à ces enfants, ce qui veut dire que la loi prohibe même la clause qui tendrait à les substituer à l'époux donataire en cas de survie du donateur. La raison en est simple : les enfants n'ont aucun intérêt à recueillir les biens donnés dans la succession du donataire plutôt que dans celle du donateur, et d'autre part, décider le contraire eût été porter une atteinte trop considérable à la puissance paternelle. 2° La seconde différence est relative à la

révocation des donations pour cause d'ingratitude. L'article 959 du Code civil dispose que les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. Ce texte s'entend-il de toutes les libéralités faites par contrat de mariage, ou doit-il être restreint aux donations faites par un tiers à l'un des futurs époux ? La première interprétation semble bien résulter de la lettre de notre article, mais elle est trop contraire à l'esprit de la loi pour qu'il soit possible de l'adopter. En édictant la disposition de l'article 959 le but du législateur a été d'empêcher que les enfants à naître du mariage ne fussent victimes de la faute du donataire ingrat : il les a préférés au donateur. Dans le cas de libéralités entre futurs époux ce danger n'étant pas à craindre, il n'y a aucune bonne raison pour ne pas revenir sous l'empire du droit commun et pour ne pas faire rentrer dans le patrimoine de l'époux donateur les biens qu'a reçus son conjoint coupable d'ingratitude (1).

Une question se pose qui touche de près à la liberté des conventions matrimoniales et qui est soulevée par l'article 1092. Ce texte dispose que « toute donation entre-vifs de biens présents faite entre futurs époux par contrat de mariage ne sera pas censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée ».

Quelle peut être l'utilité de cette règle qui ne fait que reproduire un principe du droit commun des donations entre-vifs ? On l'explique historiquement de la façon suivante : Dans les pays de droit écrit, les donations de biens présents entre futurs époux, comme les donations de biens à venir, étaient censées faites sous la condition

(1) Cass., 26 février, 10 mars 1856.

de survie de l'époux donataire. C'est pour écarter cette règle et consacrer sur ce point la jurisprudence des pays de coutumes, que les rédacteurs du Code ont cru devoir rappeler à nouveau, dans l'article 1092, les principes du droit commun.

57. — La quotité disponible entre époux est fixée par l'article 1094. L'époux pourra, par contrat de mariage, pour le cas où il ne laisserait pas d'enfants ni de descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers. Pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants, il pourra donner à l'autre époux ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. Ces dispositions sont en général, on le voit, extensives de la quotité disponible ordinaire.

Mais si, pour encourager au mariage et rester fidèle au principe de la liberté des conventions, le législateur devait favoriser les donations entre futurs époux, il importait aussi de ne pas sacrifier les intérêts des enfants qui auraient pu naître d'un précédent mariage et de limiter dans ce cas le droit des contractants. C'est ce qui a été fait dans l'article 1098 : « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens. »

Cette disposition est reproduite de l'ancien droit. *L'Édit des secondes noces* rendu en 1560 sur la proposition du chancelier de L'Hospital, avait, dans son premier chef,

décidé « que femmes veuves ayant enfans ou enfans de de leurs enfans, si elles passent à nouvelles noces, ne peuvent et ne pourront, en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens, meubles, acquêts, ou acquis par elles, d'ailleurs que de leur premier mari, ni moins leurs propres à leurs nouveaux maris, père, mère ou enfans desdits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus qu'à l'un de leurs enfans, ou enfans de leurs enfans, et s'il se trouve division inégale de leurs biens, faite entre leurs enfans ou enfans de leurs enfans, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, seront réduites et mesurées à la raison de celui des enfans qui en aura le moins ». La jurisprudence avait étendu aux veufs la prohibition de l'Édit, parce que les motifs sur lesquels cette prohibition était fondée s'appliquant aux hommes aussi bien qu'aux femmes, on devait supposer que le législateur s'était, à cet égard, exprimé en termes simplement énonciatifs. L'article 27 de la Coutume de Paris avait reproduit le premier chef de *l'Édit des secondes noces* ; les rédacteurs du Code renforcèrent la prohibition en limitant au quart des biens le maximum du disponible.

Le second chef de l'Édit défendait aux veufs et aux veuves se remariant de faire à leur nouveau conjoint aucune part des biens qu'ils auraient acquis par dons et libéralités de leur premier mari ou femme, et leur enjoignait de les réserver aux enfans issus du premier mariage. La jurisprudence avait étendu la prohibition à la part de communauté recueillie du premier conjoint. Les rédacteurs du projet de Code civil reproduisirent cette seconde disposition, comme ils avaient reproduit la première, mais elle fut supprimée dans la discussion qui eut lieu au Conseil d'État.

58. — La restriction de l'article 1098 ne s'applique pas seulement aux donations faites par contrat de mariage, mais aussi aux libéralités indirectes qui naissent au début du mariage de l'ensemble des conventions matrimoniales, et même aux avantages qui résultent ultérieurement pour l'un des époux du fonctionnement régulier du régime de communauté.

L'avantage peut résulter, par exemple, pour le nouvel époux de la confusion de ses dettes et de son mobilier présent et futur avec le mobilier ou les dettes de son conjoint, lorsqu'une succession importante vient à échoir à ce dernier. Toullier a soutenu cependant qu'on ne doit avoir aucun égard aux successions mobilières échues au veuf ou à la veuve pendant le nouveau mariage ; de telle sorte que la moitié de ces successions dont le nouvel époux profite ne forme pas un avantage passible de réduction. Bien que cette opinion ait pour elle l'autorité de Pothier (1), on ne saurait l'admettre sous l'empire du Code civil, car elle est trop évidemment contraire au second paragraphe de l'article 1496. Quant à l'objection qui consiste à dire que la loi ne prohibe que les avantages résultant de la confusion actuelle du mobilier et non de la confusion éventuelle, elle tombe devant la règle d'interprétation contenue dans le troisième paragraphe de l'article 1527 : ce sont uniquement les effets produits qu'il faut envisager.

L'avantage peut résulter également d'une clause d'ameublissement : ce qui a été dit de la confusion du mobilier, s'applique de tout point à cette seconde hypothèse.

Il n'est pas douteux non plus que la stipulation d'un préciput ne tombe sous le coup des articles 1098 et 1527,

(1) *Traité du contrat de mariage*, n° 533.

lorsqu'il existe des enfants d'un précédent mariage. Mais faut-il considérer cette clause comme une donation directe ou la faire rentrer dans la catégorie des conventions de mariage. La question est importante : au premier cas, tout héritier réservataire de l'époux non préciputaire pourra faire réduire le préciput, lorsqu'il dépassera le disponible ; dans le second cas, l'action en réduction, s'il y a lieu, n'appartiendra qu'aux enfants du premier lit. La raison de douter se trouve dans l'article 1516. Ce texte nous dit que le préciput n'est point soumis « aux formalités des donations ». Faut-il conclure *a contrario* qu'il constitue, quant au fond, une véritable donation ?

Quelques interprètes l'ont pensé ; ils se fondent sur ce que l'article 1516, en dispensant le préciput des formes ordinaires des donations, déclarerait implicitement qu'en réalité il constitue une libéralité ; ce qui le prouve, ajoutent-ils, c'est que, dans les cas où la loi considère une clause avantageuse comme une convention de mariage et non comme une libéralité, elle a soin de le dire expressément (art. 1525).

Cette opinion doit être repoussée. La matière est dominée par le principe de l'article 1527 : toutes les clauses prévues par le Code et qui forment la communauté conventionnelle ne constituent que des conventions de mariage et non des donations. Pour exclure l'application de principe, il faudrait un texte formel. Or, il n'y en a nulle part. L'argument *a contrario* de l'article 1516 n'est pas fondé, car il est toujours dangereux de raisonner *a contrario* pour combattre un principe général ; et d'ailleurs, cet article dit justement le contraire de ce que l'on prétend en tirer : le préciput, porte-il, doit être regardé comme une convention de mariage. S'il soulève une question de forme, c'est que les rédacteurs du Code ont,

sur ce point, copié Pothier. Dans le passage reproduit, l'auteur déclare le préciput dispensé de la formalité de l'insinuation, bien qu'il soit une libéralité relativement à *l'Édit des secondes nocces*, c'est-à-dire à l'égard des enfants d'un premier lit.

En quatrième lieu, l'avantage entre époux réductible à la portion de l'article 1098 résulte d'une clause de partage inégal de la communauté ou de la convention par laquelle il aurait été stipulé que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement. Mais dans le second cas, il y aurait donation et non convention de mariage si la stipulation sortait des termes où l'article 1525 l'a renfermée, c'est-à-dire si l'attribution de communauté, au lieu d'être restreinte aux bénéfices et économies du ménage, s'étendait même aux apports et capitaux du conjoint prédécédé.

Quant aux avantages provenant de la différence des bénéfices que chacun des époux fait sur ses biens, de l'industrie de l'un d'eux ou de ses économies, on ne doit pas les considérer comme des libéralités même à l'égard des enfants d'un premier lit (art. 1527). Décider le contraire eût été enlever toute raison d'être à l'association conjugale et ruiner dans son essence le régime de communauté.

Toutes les dispositions légales qui prohibent les avantages directs ou indirects dépassant la quotité disponible, sont de rigueur et frappent les libéralités déguisées aussi bien que les libéralités patentes. Telle serait la reconnaissance d'une certaine somme faite par le mari au profit de la femme dans le contrat de mariage. Telles seraient encore les libéralités faites sous le nom de personnes interposées. Dans ces deux cas, la loi poursuit la fraude avec une extrême sévérité : les libéralités dégui-

sées ne sont pas, comme les avantages indirects patents, simplement réductibles à la quotité de biens fixée par l'article 1098 : elles sont frappées de nullité pour le tout (art. 1099). Afin de faciliter la découverte de la fraude et de déterminer la mission des juges, les rédacteurs du Code ont indiqué quelles personnes doivent être réputées interposées : « Seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. » (Art. 1100.)

59. — Il reste à dégager la règle d'interprétation qui doit permettre au juge de décider si les conventions matrimoniales faites à l'occasion d'un second ou subséquent mariage ont procuré au nouvel époux un avantage soumis à réduction. Pour apprécier s'il y a avantage, faut-il se placer au moment du contrat de mariage ou à l'époque de la liquidation ? L'article 1527 va nous le dire : la réduction, dit ce texte, frappe toute convention qui *tendrait dans ses effets* à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1098. Il faut donc considérer les effets des conventions de mariage et faire abstraction de l'intention qui a pu présider à leur rédaction, comme aussi des éventualités de bénéfice ou de perte qu'elles pouvaient présenter au moment de leur stipulation. Mais si les effets des clauses insérées au contrat de mariage sont seuls à considérer, on devra avoir égard à tous les effets qu'elles auront pu produire. Il sera nécessaire de combiner et de balancer entre elles les conséquences de ces conventions diverses, de manière à comparer avec le profit que telle stipulation aura pro-

curé au nouvel époux la perte que telle autre clause lui aura fait éprouver. C'est dire que pour cette appréciation, il faudra se placer au moment de la liquidation.

SECTION V. — DES MODIFICATIONS QUE LA CONVENTION PEUT
APPORTER AUX RÈGLES DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA
FEMME MARIÉE.

60. — Nous avons vu qu'il résulte de la combinaison des articles 1388 et 1453 que la femme ne pourrait pas, par ses conventions matrimoniales, renoncer aux garanties que la loi lui accorde à l'encontre de son mari, quel que soit le régime adopté. L'hypothèque légale des femmes mariées étant la plus efficace de ces garanties et par suite d'ordre public, il semble que les époux soient dans l'impossibilité absolue, non seulement de l'exclure, mais même de modifier son mode de fonctionnement.

Il n'en est rien cependant. Placé en face des nécessités de la pratique, le législateur ne pouvait pas pousser jusqu'à l'extrême les conséquences d'un principe vrai, et il a organisé un système d'hypothèques légales qui, tout en sauvegardant d'une façon suffisante les reprises de la femme, permet en même temps de sauvegarder le crédit du mari.

61. — Aux termes de l'article 2122, l'hypothèque légale de la femme mariée porte sur tous les immeubles du mari présents et à venir. Or, il peut se faire que les biens présents soient beaucoup plus que suffisants pour répondre des reprises probables de la femme et assurer le paiement des indemnités qui lui seront dues. D'autre part, la généralité de l'hypothèque légale présente de graves inconvénients pour le crédit du mari ; il n'y avait

donc aucun danger à organiser un mode de réduction qui conciliât à la fois l'intérêt de la femme et l'intérêt du mari, en rendant à ce dernier la libre disposition de ses biens. C'est ce que la loi a fait dans les articles 2140 et 2144.

La réduction de l'hypothèque légale de la femme mariée peut avoir lieu de deux façons. Elle peut résulter de la libre convention des parties et alors elle est stipulée dans le contrat de mariage ; elle peut intervenir au cours du mariage, auquel cas elle est prononcée par jugement. La réduction conventionnelle rentre seule dans notre sujet.

La règle qui permet aux époux de réduire, par une déclaration insérée au contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme, est posée par l'article 2140 : « Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties majeures seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne pourra pas être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription. » En principe, la convention faite par contrat de mariage est donc complètement libre, la femme n'étant pas encore sous la dépendance de son mari. Une réserve toutefois est apportée par la loi : la femme majeure peut seule consentir à cette réduction. La loi semble bien ne permettre la réduction qu'aux parties majeures sans distinction entre le mari et la femme. Mais il est évident qu'elle ne veut pas interdire au mari même mineur de faire une pareille convention qui est toute dans son intérêt. Cette réserve indiquée, la faculté de réduire l'hypothèque légale appartient aux époux, abstraction faite du régime qu'ils adoptent, et quelles que puissent être les reprises à

garantir. La question avait paru douteuse relativement au régime dotal, mais la Cour de cassation a rétabli les vrais principes, en décidant que la femme mariée peut valablement consentir la réduction de l'hypothèque légale même en ce qui concerne les droits dotaux (1).

L'effet de la convention de réduction tel que la prévoit le Code civil est de spécialiser l'hypothèque légale à certains immeubles ; mais le résultat pourrait être différent ; les époux pourraient, par exemple, procéder par voie d'exclusion en déclarant que tels ou tels immeubles n'y seront pas soumis : dans ce cas, l'hypothèque n'affecte que les immeubles autres que ceux qui ont été ainsi désignés. De même, les époux, au lieu de stipuler la réduction pour tous les droits de la femme indistinctement, pourraient la limiter à telles ou telles créances : l'hypothèque conserverait alors sa généralité pour la garantie des autres créances ou reprises de la femme. Dans tous les cas, la portée d'une clause de réduction insérée au contrat de mariage doit être appréciée par les tribunaux (2). Dans ces différentes hypothèses, bien que l'hypothèque légale soit spécialisée par sa restriction à certains immeubles, elle n'en conserve pas moins son caractère d'hypothèque légale dispensée d'inscription, et d'autre part l'effet de la restriction stipulée n'est pas irrévocable.

S'il est permis aux futurs époux de restreindre l'hypothèque légale de la femme, il leur est par contre interdit de la supprimer complètement (art. 2140), car ce serait une renonciation à une garantie qui est d'ordre public. On pourrait se demander comment il se fait que la femme majeure qui a le droit de donner tous ses biens à son fu-

(1) Cass., 6 novembre 1860, Dall., 64, I, 84.

(2) Cass., 18 août 1856, Sir., 56, I, 872.

tur époux ne puisse pas renoncer entièrement à son hypothèque, et on pourrait croire que la loi a manqué de logique. Il faut bien se garder cependant d'assimiler les deux situations : « La femme qui donne ses biens ne peut le faire qu'en parfaite connaissance de cause, car on réfléchit toujours et très mûrement quand il s'agit de se dépouiller de tous ses biens. Mais la renonciation à l'hypothèque n'appellerait pas la réflexion comme l'aliénation des biens, car la femme qui la consentirait ne perdrait actuellement rien de son patrimoine : les conséquences de cette renonciation s'apercevraient mal et seulement dans un avenir éloigné. La femme a d'ailleurs confiance dans son futur mari, un refus de sa part serait presque une injure qu'elle lui ferait. La renonciation à l'hypothèque légale serait donc devenue une clause de style. » Les rédacteurs du Code n'ont du reste fait que suivre, sur ce point, la tradition de l'ancien droit où, au dire de Tronchet, la femme, même commune en biens, ne pouvait par contrat de mariage ou autrement renoncer d'une manière illimitée à son hypothèque légale. Les raisons données dans ce sens n'avaient pas cependant paru décisives, et Treilhard proposa de donner aux époux le droit de stipuler, dans leurs conventions matrimoniales, l'affranchissement intégral des immeubles du mari. Cette opinion, combattue par Cambacérès et par Tronchet, fut repoussée par le Conseil d'Etat.

Les contractants pourraient-ils stipuler dans leurs conventions matrimoniales le droit de réduire l'hypothèque au cours du mariage sans remplir les conditions imposées par la loi, ou encore pourraient-ils, en réduisant l'hypothèque à certains immeubles, se réserver la faculté d'en affranchir ces biens pendant le mariage en la transportant sur d'autres immeubles jugés d'une valeur suffisante ?

La négative n'est pas douteuse. La faculté accordée aux époux par l'article 2140 constitue en effet une dérogation à un principe général; or, les exceptions sont de stricte interprétation. L'article précité permet, il est vrai, aux futurs époux de réduire l'hypothèque à certains immeubles, mais est-on en droit d'en induire qu'ils puissent se réserver la faculté de modifier pendant le mariage l'assiette de l'hypothèque ainsi réglée? Dans l'esprit de la loi, les effets de la convention permise doivent être déterminés à l'avance et non laissés à l'arbitraire des parties. Et d'ailleurs, si l'on validait de pareilles clauses, à quoi serviraient les précautions prises par l'article 2144? Tout ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme mariée est d'ordre public, et les seules dérogations permises sont celles que la loi autorise expressément.

Pourrait-on inversement, en réduisant l'hypothèque légale, se réserver le droit de l'étendre à nouveau pendant le mariage si cela semblait nécessaire? Il faut encore répondre par la négative. Cette clause serait nulle comme portant atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

La question se pose alors de savoir quelle est, dans les hypothèses précédentes, l'étendue de la nullité. Porte-t-elle uniquement sur la réserve accessoire du droit de réduire ultérieurement l'hypothèque légale ou de la transporter sur d'autres immeubles, ou encore d'étendre dans l'avenir l'hypothèque sur les mêmes biens qui en sont partiellement affranchis, ou bien affecte-t-elle la clause tout entière, c'est-à-dire la convention accessoire et la convention principale de réduction?

Cette question a donné lieu à deux systèmes.

Pour certains interprètes, la clause serait nulle pour le tout, car la réduction n'aurait été consentie que sous la

réserve de pouvoir être effacée plus tard, soit en transportant l'hypothèque sur d'autres biens, soit en l'étendant à nouveau sur les mêmes biens. La réserve ajoutée à la convention de réduction serait inséparable de celle-ci et en formerait la condition essentielle : la condition étant irréalisable, la réduction elle-même ne peut plus avoir d'effets (1).

Malgré les autorités qui s'attachent à cette opinion, il est impossible de ne pas la trouver excessive. La femme, dans son contrat de mariage, a stipulé deux choses : 1° la réduction de son hypothèque légale, 2° la réserve du droit d'en modifier l'assiette. De ces deux clauses, l'une est valable, l'autre est frappée de nullité. Or, sur quoi se fonde la thèse adverse pour déclarer nulle la convention tout entière? Sur ce que la seconde clause ne serait que la condition de la première. C'est là une affirmation qu'il faudrait prouver, ce que l'on ne fait pas. On est donc en droit de dire que raisonner ainsi, c'est résoudre la question par la question elle-même. Sainement entendue, la convention présente deux parties indépendantes l'une de l'autre et il n'y a aucune bonne raison de décider que la nullité de la seconde entraîne la nullité de la première, d'autant que ce serait faire revivre au préjudice des tiers acquéreurs ou créanciers l'hypothèque légale sur les biens qui en avaient été affranchis (2).

Quand l'hypothèque n'a pas été réduite par les conventions matrimoniales, elle peut être restreinte au cours du mariage. Mais comme la femme n'a plus alors la même indépendance, la loi a exigé des garanties supplémentaires, et notamment l'intervention de la justice.

1) Rodière, *Journal du Palais*, 1855, III, 546; Massé, *Sir.*, 52, I, 189; Thézard, *Privilèges et Hypothèques*, p. 146; Pont, n° 548.

(2) Lyon, 26 janvier 1854, *Sir.*, 54, II, 245; Aubry et Rau, III, p. 233.

C'est ce que décident les articles 2144 et 2145 : « Pourra, pareillement le mari, du consentement de sa femme, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous ses immeubles, pour raison de la dot, des reprises et des conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme... Dans le cas où le tribunal prononcera la réduction de l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées. »

62. — S'il est interdit à la femme de renoncer par contrat de mariage à son hypothèque légale, il n'en est pas de même de la renonciation qui serait faite *constante matrimonio* au profit d'un créancier du mari. Autre chose, en effet, est de renoncer d'avance et d'une manière illimitée à une garantie que la loi juge nécessaire, autre chose est de transporter cette sûreté à un créancier dans l'intérêt du crédit du mari et pour un cas déterminé. Cette cession d'ailleurs ne l'épuise pas, elle la paralyse seulement pour un temps à l'égard de la femme. La renonciation au cours du mariage, plus connue sous le nom de subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée ou de cession de cette hypothèque, avait été introduite par la pratique sous l'empire du Code civil, longtemps avant qu'aucun texte y eût fait allusion. Elle fut mentionnée législativement, pour la première fois, dans le décret du 28 février 1852 relatif aux sociétés de Crédit foncier (art. 20), puis consacrée par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. Il n'entre pas dans notre plan de traiter la question de la subrogation à l'hypothèque de la femme mariée, puisque c'est là une opération étrangère aux conventions matrimoniales; mais il était nécessaire de la

mentionner pour déterminer ce que le Code laisse à la convention des parties et ce qu'il leur interdit. Observons cependant que, si la loi permet à la femme de céder, avec l'autorisation de son mari, aux créanciers de ce dernier l'hypothèque qui lui est conférée, elle ne l'abandonne pas pour cela, même dans l'acte qui constitue la subrogation. L'article 9 de la loi du 23 mars 1855 porte que cette cession doit être faite par acte authentique. Or, l'authenticité de l'acte n'a pas été exigée par le législateur, comme on l'a dit quelquefois, uniquement dans un but de publicité, mais aussi et surtout dans un but de protection. C'est un point qui a été mis vivement en lumière à l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation (1).

SECTION VI. — COMPARAISON ENTRE LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES ET LA LIBERTÉ DES CONVENTIONS DE DROIT COMMUN.

63. — Avant de terminer le chapitre relatif aux modifications que la volonté des futurs époux peut apporter aux règles du droit commun, il importe de jeter un coup d'œil rapide sur le caractère de la liberté des conventions matrimoniales et de la comparer avec celle dont jouissent les parties dans les autres contrats.

Nous avons vu que certaines conventions prohibées selon le droit commun sont permises dans le contrat de mariage. Ainsi, deux personnes ne pourraient pas mettre en commun leurs biens à venir en toute propriété (art. 1837), cette convention, au contraire, est licite entre époux (art. 1526) ; de même, la clause qui attribue

(1) Cass., 22 novembre 1880, Sir., 81, I, 473.

à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle entre associés ordinaires (art. 1855) et valable entre époux (art. 1525); de même encore, les donations de biens à venir, les donations faites sous des conditions potestatives de la part du donateur sont prohibées dans les cas ordinaires (art. 943, 944) et permises dans le contrat de mariage (art. 1091). Enfin, dans les conventions ordinaires, l'incapacité du mineur est de règle; dans le contrat de mariage, la loi lève cette incapacité (art. 1398), et rend le mineur habile à faire toutes les conventions qui sont l'accessoire de l'union qu'il contracte.

Il suit de là que le contrat de mariage se prête aux combinaisons les plus variées. « On y mêle, dit M. Troplong, des donations, des conventions de communauté ou de société, des mandats, des pactes de séparation, des pactes aléatoires, des contrats de sûreté, des contrats de bienfaisance, des contrats intéressés (1). » Dès l'ancien droit, Pothier disait déjà : « Les contrats de mariage sont tellement susceptibles de toutes sortes de conventions, qu'on y en admet qui, par tout autre acte que par un contrat de mariage, ne seraient pas valables (2). »

Aussi, malgré la disparition d'un certain nombre de clauses permises par l'ancien droit, la renonciation aux successions futures, par exemple, est-il d'usage dans la doctrine d'exalter le principe de la liberté des conventions matrimoniales et de faire remarquer toutes les nécessités auxquelles il se ploie, tous les contrastes qu'il admet, tous les privilèges par lesquels il se distingue.

Pour étendue que soit cette liberté, il semble cepen-

(1) *Contrat de mariage*, I, n° 13.

(2) *Traité de la communauté*, Introduction, § 4.

dant qu'on en ait exagéré le caractère. On insiste sur les dérogations au droit commun, on met en lumière certains détails : la communauté universelle, les donations de biens à venir, le partage inégal, mais on perd de vue les grandes lignes et l'ensemble.

On passe d'abord sous silence les conséquences multiples des prohibitions contenues dans les articles 1388 et 1389 et toute la série des clauses qu'elles rendent impossibles comme contraires aux dispositions fondamentales du Code.

Peut-on oublier, en outre, qu'il n'est pas permis de déroger aux règles sur l'incapacité légale de la femme mariée, et la défense faite au mari de lui donner, par contrat de mariage, une autorisation générale valable quant à la disposition de ses biens ?

On parle de la faculté accordée à la femme de renoncer à sa part de communauté si la communauté est désavantageuse, et de rester étrangère aux dettes d'une association dont elle a fait partie ; mais on ne voit pas que ce n'est là qu'un correctif rendu nécessaire par la nature de la communauté. La femme n'administre pas, ne peut pas administrer : il n'est que juste qu'elle puisse se soustraire aux conséquences des actes auxquels elle n'a pas pris part. Comme Pothier le faisait déjà remarquer, « cette communauté entre conjoints par mariage est exorbitante des sociétés ordinaires » ; dans celles-ci, chaque associé a un droit égal ; dans la communauté, tous les droits appartiennent au mari.

C'est justement là un des points où l'on peut le mieux contester que la liberté des conventions soit plus étendue dans le contrat de mariage que dans les autres contrats, les sociétés par exemple. Dans ces dernières, les parties peuvent déterminer comme elles l'entendent le mode

d'administration des biens communs, modifier les bases de la société, changer les administrateurs, dissoudre l'association. Dans le contrat de communauté, rien de tel : on ne peut ni déterminer le mode d'administration, ni même se partager les fonctions d'administrateur ; on ne peut pas davantage modifier les statuts, ni fixer les causes de dissolution de l'association.

On invoque encore l'inaliénabilité dotale comme si elle était l'œuvre de la volonté des parties, et non l'œuvre de la loi elle-même.

Enfin, de ce que le Code a permis aux époux de combiner à leur gré, comme nous le verrons dans le chapitre suivant, les différents régimes matrimoniaux, on conclut qu'il étend dans des proportions exorbitantes du droit commun la liberté des contractants. Il suffit, pour répondre, de faire remarquer que cette combinaison des régimes ne crée rien de nouveau, rien qui ne soit contenu à l'intérieur de chacun de ces régimes, et partant, que la convention n'introduit aucune disposition qui ne soit l'œuvre de la loi.

64. — Cette idée même à laquelle nous avons fait allusion, et qui consiste à rattacher la communauté à la société, à la faire entrer comme espèce dans un genre dont ce contrat serait le type, cette idée est en soi inexacte.

Elle est d'abord contraire à la tradition. N'oublions pas en effet les origines de la communauté : elle n'était pas au début une libre convention des époux, mais une obligation légale, une conséquence nécessaire du mariage. Ce ne fut que plus tard, sous l'influence romaine, pour développer la théorie de la communauté et pour assurer des garanties à la femme qu'on eut recours à l'idée de société. Mais la communauté s'était développée comme

système complet, bien avant que le droit romain ne fût connu et n'eût permis de rapprocher et d'assimiler ces deux contrats.

Cette idée est, de plus, contraire à la nature même de la communauté. C'est là, en effet, une association *sui generis*, instituée dans un autre but que la société, et qui avait à régler des intérêts autrement graves que ceux qui s'agissent entre associés ordinaires. Aussi les différences que la loi a établies entre ces deux sortes de contrats sont-elles des plus saillantes. Par exemple, la règle fondamentale du contrat de société : l'égalité (art. 1859), est absente de la communauté, où domine au contraire l'inégalité. Qu'on se souvienne de la vieille maxime coutumière : le mari est seigneur et maître de la communauté ; si le Code n'a pas reproduit les termes, il a consacré la chose. Le principe de l'inégalité n'est pas le seul qui distingue la communauté des sociétés ordinaires : les pactes successoires défendus dans les sociétés (art. 1837), sont permis dans la communauté, puisque les époux peuvent y faire entrer en toute propriété les biens qui pourraient leur advenir par donation, succession ou legs. Il en est de même des clauses relatives au partage de l'actif et du passif. L'article 1855 défend de stipuler que la totalité des bénéfices appartiendra à l'un des associés, ou d'affranchir la mise de l'un d'eux de toute contribution aux pertes. Les époux, au contraire, peuvent convenir que la communauté entière appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement (art. 1520) ; ils peuvent encore stipuler que la femme aura le droit de reprendre ses apports en renonçant, sans être tenue de supporter sa part dans les dettes de la communauté (art. 1514). Les conventions matrimoniales sont irrévocables (art. 1395), tandis que les associés, par leur consentement mutuel,

peuvent modifier leurs conventions dans la mesure où ils le jugent nécessaire. Enfin, aux termes de l'article 1399, la communauté commence du jour du mariage et on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque : les associés conservent à cet égard une entière liberté (art. 1843) ; la communauté ne finit que par la mort, la séparation de corps ou la séparation de biens (art. 1441) : les associés peuvent mettre fin à leur société quand ils le veulent (art. 1865).

65. — De cette comparaison entre la liberté des conventions matrimoniales et la liberté des autres conventions, entre la communauté et la société, ressortent les règles qui doivent présider à l'interprétation des dispositions du contrat de mariage.

Nous venons de voir que la communauté n'est pas une espèce du genre société, c'est-à-dire qu'elle n'est pas une des sociétés dont les règles sont tracées au titre que le Code contient sur ce contrat, mais bien une institution spéciale, régie par des principes spéciaux. Il en résulte qu'on ne peut pas recourir au titre de la Société pour interpréter les stipulations d'un contrat de mariage. Les règles du contrat de mariage se suffisent à elles-mêmes, et, comme l'a très bien dit M. Laurent : « On ne peut pas argumenter par voie de principe à conséquence, là où il y a des principes différents (1). »

Une autre conséquence plus importante et plus générale se dégage de cette différence entre les conventions matrimoniales et les conventions ordinaires. En principe, les tribunaux sont seuls juges du fait, et un pourvoi en cassation n'est pas admissible par cela seul qu'un jugement aurait interprété d'une façon erronée les termes

(1) *Principes de Droit civil*, XXI, n° 196.

employés par les parties pour manifester leur intention. La Cour suprême n'a en effet qu'à examiner si les tribunaux ont violé, faussement appliqué ou mal interprété la loi, ou s'ils ont déduit des conventions intervenues entre les parties les conséquences autorisées ou commandées par un texte législatif. Mais il n'en est pas de même de l'interprétation des clauses d'un contrat de mariage. C'est en effet ce qu'a reconnu la Cour de cassation. Par un arrêt du 4 juin 1855, la Chambre des requêtes avait dit que l'interprétation d'un contrat de mariage au point de vue du régime légal sous lequel les parties ont entendu placer l'union conjugale et toutes les conséquences de la loi qu'elles ont choisie, ne pouvaient pas échapper au contrôle de la Cour de cassation (1). Entrant plus avant dans cette voie, la Cour, par un arrêt des Chambres réunies, a confirmé cette doctrine, et décidé qu'il lui appartient de déterminer le caractère légal des conventions matrimoniales et d'en qualifier les clauses. Le procureur général Dupin qui portait la parole dans cette affaire, faisait observer que les contrats de mariage n'intéressent pas seulement les époux, mais les tiers, la société et partant l'ordre public, et qu'à ce titre leur appréciation appartient à la Cour régulatrice, qui puise dans ses attributions le droit de rechercher si le caractère et les effets attachés par la loi aux stipulations que les actes contiennent n'ont pas été dénaturés par le juge du fait (2).

(1) Req., 4 juin 1855, Sir., 55, I, 743.

(2) Chambres réunies, 8 juin 1858, Sir., 58, I, 417.

Chapitre IV

DES DIVERSES COMBINAISONS DES RÉGIMES MATRIMONIAUX.

66. — Un des effets de la liberté des conventions matrimoniales est de permettre aux futurs époux de combiner à leur gré les différents régimes que la loi leur propose, pour les accommoder à leurs besoins et aux circonstances.

Nous rechercherons dans ce chapitre : 1° si le contrat de mariage peut rendre les biens de la femme inaliénables sous le régime de communauté; 2° s'il est possible de rendre inaliénables les immeubles de la femme séparée de biens; 3° si les époux peuvent stipuler que les biens dotaux seront aliénables; 4° enfin quels sont les effets de la communauté d'acquêts greffée sur le régime dotal.

SECTION I^{re}. — DE L'INTRODUCTION DES RÈGLES DE LA DOTALITÉ DANS LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ.

67. — Lorsque les époux stipulent le régime de communauté, ils peuvent, sous certains rapports, et dans une mesure qu'il s'agira de déterminer, introduire dans leur association les règles de la dotalité. Cette faculté ressort de la combinaison des articles 1387 et 1581; elle fut d'ailleurs mentionnée dans les discussions prépara-

toires du Code et notamment par Duveyrier dans son rapport au Tribunal (1).

Ils peuvent, en premier lieu, emprunter au régime dotal tout ce qui rentre dans le droit commun des conventions, par exemple les dispositions qui se rapportent à l'exercice des actions relatives aux biens de la femme. Sous le régime dotal, le mari exerce toutes les actions, tant pétitoires que possessoires; sous le régime de communauté, au contraire, l'article 1428 n'accorde au mari que l'exercice des actions mobilières et des actions immobilières possessoires, ce qui exclut le pouvoir d'exercer les actions immobilières pétitoires. Les époux peuvent donc, en adoptant le régime de communauté, convenir que le mari exercera les actions immobilières pétitoires.

Il est également permis de combiner le régime de communauté et le régime dotal en ce sens que les parties peuvent juxtaposer les deux régimes, et, tout en se mariant sous le régime de communauté, décider que tel immeuble de la femme ou tel ensemble de biens seront soumis aux règles du régime dotal. La validité d'une pareille clause n'est pas douteuse, puisque la combinaison dont il s'agit respecte, pour chacun des régimes pris à part, les règles qui leur sont propres.

Mais pourrait-on aller plus loin, et, sans soumettre tel ou tel immeuble au régime dotal, détacher de ce régime, pour l'appliquer à un propre de la femme, une règle exorbitante du droit commun des conventions. Pour préciser, pourrait-on, sous une forme ou sous une autre, rendre inaliénable un immeuble de la femme, sans adopter néanmoins pour cet immeuble les autres règles du régime dotal? La raison de douter est qu'il n'y a plus ici juxtapo-

(1) Locré, XIII, p. 397.

sition des deux régimes, mais soumission d'un même bien à un ensemble de règles qui appartiennent, les unes au régime de communauté, les autres au régime dotal.

Une opinion assez peu suivie dans la doctrine contemporaine, mais qui a compté cependant d'éminents défenseurs (1) refuse aux époux le droit de frapper d'inaliénabilité tel ou tel immeuble de la femme commune, sous prétexte que l'indisponibilité des biens, qui est contraire à l'intérêt général, ne peut résulter que du régime dotal auquel la loi l'a spécialement attachée. La femme qui se marie sous le régime de communauté reste capable d'aliéner ses immeubles avec le consentement de son mari, et ce serait une clause contraire à l'ordre public que celle qui tendrait à supprimer ou à diminuer sa capacité. M. Troplong qui s'est constitué le champion de cette thèse, a consacré de très longs développements à sa défense. « Cette clause, dit-il, porterait une atteinte à la liberté, elle serait sans valeur pour enchaîner la liberté de la femme et l'autorité du mari... L'inaliénabilité est une exception, elle ne peut dériver que d'une loi spéciale, il n'appartient pas à la volonté de l'homme de créer des biens indisponibles. Sans doute, en se mariant sous le régime dotal, la femme aurait eu la faculté légale de captiver ses immeubles dans les biens de l'inaliénabilité. Pourquoi donc ne s'est-elle pas mariée sous le régime dotal? Pourquoi n'a-t-elle pas cherché dans le régime dotal une garantie que ne donne pas la communauté (2)? ».

Nous ne voyons pas que ces arguments constituent un appui bien solide à la thèse qu'ils sont destinés à défendre. A vrai dire, il n'y a pas là de raisons juridiques, mais

(1) Marcadé, sur l'article 1497; Troplong, *Contrat de mariage*, I, 79.

(2) Troplong, *loc. cit.*

seulement, comme le fait remarquer M. Laurent (1) une série d'affirmations que l'on oublie de prouver, et des variantes sans fin reproduisant toujours la même pensée.

De quoi s'agit-il en effet? De savoir si l'inaliénabilité est un privilège attaché indissolublement au régime dotal, ou si ce n'est qu'une exception au droit commun, exception qui forme il est vrai le caractère distinctif de ce régime, mais que les époux peuvent détacher et adapter, suivant leurs besoins, à des biens soumis d'ailleurs à des règles étrangères à la dotalité.

La réponse, ce semble, n'est pas douteuse, si l'on interprète sainement le principe de la liberté des conventions matrimoniales. Les contractants, avons-nous dit, peuvent stipuler tout ce qui n'est pas contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux dispositions prohibitives du Code. La clause litigieuse n'a évidemment rien de contraire ni aux bonnes mœurs ni à l'ordre public. Est-elle prohibée par le Code? Pas davantage, puisque le Code donne lui-même l'exemple de l'inaliénabilité sous le régime dotal. Si donc le principe posé dans l'article 1387 n'est pas une formule vaine, les futurs époux devront pouvoir reproduire dans leur contrat de mariage au moins toutes les dispositions que la loi consacre au sujet des conventions matrimoniales, et l'inaliénabilité est de ce nombre. Sans doute, une pareille clause dépasse les limites du droit commun des conventions en général, mais elle rentre dans le droit commun des conventions matrimoniales, et cela est assez pour la mettre au-dessus de toute contestation : ce qui est permis sous le régime dotal doit l'être sous les autres régimes, d'autant que les règles qui forment la dotalité ne sont elles-mêmes que le produit d'une détermination libre de la part des époux.

(1) Laurent, XXI, n° 127.

Que si la femme peut, en adoptant le régime dotal, établir l'indisponibilité de tout ou partie de ses biens, si, d'autre part, le caractère de la liberté des conventions matrimoniales est de permettre aux époux de stipuler toutes les clauses dont le Code leur donne l'exemple au titre du Contrat de mariage, il n'y a pas de raison pour refuser à la femme de faire, en adoptant le régime de communauté, ce qu'elle pourrait faire en adoptant le régime dotal.

Le législateur fournit d'ailleurs à cette doctrine un argument décisif. L'article 1581 permet de stipuler l'inaliénabilité des biens dotaux sous le régime de la communauté d'acquêts; pourquoi défendrait-on une pareille convention dans les autres cas de communauté? Cet exemple de l'inaliénabilité introduite par la loi elle-même dans une combinaison qui n'est pas le régime dotal pur, suffirait à lui seul à résoudre la question.

Une dernière objection doit être écartée.

On a dit qu'en indiquant dans l'article 1581 une combinaison de la communauté et du régime dotal, le législateur avait par cela même prohibé toutes les autres. Ce qui veut dire que l'article 1581 est limitatif. L'est-il dans ses termes? Non; il se borne à dire que le régime dotal peut se combiner avec une espèce de communauté. La restriction serait-elle dans l'esprit de la loi? Pas davantage. L'article 1581 ne fait qu'appliquer le principe de liberté inscrit dans l'article 1387. Sans doute cette application était inutile, puisque ce texte n'a pas pour but de permettre une chose qui, sans lui, serait défendue, mais il y a une raison historique qui l'explique. Dans quelques pays de droit écrit, notamment à Bordeaux, « on aimait à tempérer l'inflexibilité du régime dotal par la confiance d'une communauté imparfaite, que l'on appelait société

d'acquêts, et l'on attribuait à ce système tous les avantages de l'un et de l'autre régime. » Les rédacteurs du Code ont reproduit cette combinaison usitée dans la pratique, de même qu'ils ont reproduit dans tout le titre du contrat de mariage les règles que la tradition avait consacrées.

La conclusion vient d'elle-même. Les époux peuvent déclarer inaliénables les immeubles de la femme, et cette clause est efficace à l'égard des tiers, indépendamment de toute soumission expresse au régime dotal. Seulement, comme une pareille stipulation a pour effet d'imprimer implicitement aux biens qu'elle frappe un caractère de dotalité partielle, elle doit être formulée en termes assez clairs pour ne laisser aucun doute sur l'intention des parties.

68. — La théorie que nous venons d'établir a toujours été admise par la jurisprudence. Chaque fois que la Cour de cassation s'est trouvée en présence d'une clause tendant expressément à soumettre les propres de la femme commune aux règles de la dotalité, elle n'a pas hésité à la valider.

Mais autre chose est le principe, autre chose ses applications. Le plus souvent, en effet, les époux ne stipulent pas l'inaliénabilité d'une façon directe et expresse : leur intention à cet égard ne se manifeste que par l'ensemble des clauses du contrat de mariage. La question se pose alors de savoir quelles déclarations devront être exigées pour que l'intention d'établir la dotalité soit réputée non douteuse.

L'article 1392 exige une déclaration expresse pour l'adoption totale du régime de dotalité. En est-il de même pour l'adoption partielle, et d'autre part que faut-il entendre par déclaration expresse ?

C'est sur ce point que les difficultés se sont élevées

dans la jurisprudence. La Cour de cassation, tout en se montrant plus rigoureuse que certaines Cours d'appel, admet bien que l'inaliénabilité des propres de la femme résulte valablement de l'ensemble des dispositions du contrat de mariage, mais elle exige une clause qui ne puisse pas s'interpréter autrement qu'en faveur de la dotalité (1).

Le principe qui se dégage des décisions de la jurisprudence pourrait se formuler de la façon suivante : les époux, quel que soit le régime matrimonial adopté, ont la faculté de transporter dans ce régime l'une quelconque des règles de la dotalité, prise isolément : pour cela, la loi n'exige aucune expression sacramentelle, mais seulement l'indication non douteuse de la volonté des contractants.

69. — L'une des applications les plus intéressantes de ce principe général se rencontre à l'occasion de la clause de remploi.

Sous le régime de communauté, les époux peuvent stipuler que tel immeuble de la femme ou tel propre mobilier parfait ne sera aliénable qu'à charge de remploi. Ainsi formulée, cette clause n'a d'effet qu'au point de vue des rapports des époux entre eux ; elle n'est pas opposable aux tiers. Il en résulte que l'aliénation du propre de la femme demeure valable, alors même qu'il n'y a pas eu remploi du prix provenant de cette aliénation.

Sous le régime dotal, il est également d'usage, lorsque la femme se réserve la faculté d'aliéner ses biens dotaux, de stipuler la clause de remploi. Mais les effets ne sont plus les mêmes que sous le régime de communauté. Par le seul fait de son insertion au contrat de mariage, cette clause devient opposable aux tiers. La raison en est simple. Le principe qui domine le régime dotal est l'incapa-

(1) Cass., 15 mars 1853, Sir., 53, I, 465 ; 6 novembre 1854, Sir., 54, I, 712 ; 7 février 1855, Sir., 55, I, 580 ; 3 février 1879, Sir., 79, I, 353.

cité de la femme relativement aux biens qui lui sont constitués en dot ; les époux ont, dans leur contrat, levé cette incapacité, mais ils ne l'ont levée que dans une mesure déterminée, c'est-à-dire sous la condition du remploi. La stipulation doit donc être exécutée en se tenant rigoureusement aux termes dans lesquels les époux l'ont renfermée. L'aliénation étant conditionnelle, les tiers acheteurs qui voudront s'en prévaloir devront prouver que la condition a été remplie.

Ces règles rappelées, nous arrivons à la question suivante : les époux peuvent-ils, tout en adoptant le régime de communauté, stipuler une clause de remploi qui soit opposable aux tiers comme sous le régime dotal ? En d'autres termes, peuvent-ils introduire sous cette forme les règles de la dotalité dans le régime de communauté ?

La Cour de cassation a tranché la question dans le sens de l'affirmative, mais elle exige que la déclaration portée au contrat de mariage ne laisse aucun doute sur l'intention de la femme de soumettre ses propres aux règles de la dotalité (1). Les futurs époux conviennent, par exemple, que les immeubles présents et à venir de la femme ne pourront être aliénés sans un remploi en immeubles par elle accepté ou bien sans une garantie hypothécaire suffisante pour lui assurer la reprise du prix, garantie que les acquéreurs seront tenus de conserver par l'inscription. Cette stipulation est-elle assez explicite pour établir l'inaliénabilité des propres de la femme ? Non, a répondu la Cour suprême. La clause litigieuse ne présente ni une déclaration expresse de dotalité, comme le veut la loi, ni une stipulation qui puisse en tenir lieu ; elle ne fait qu'assurer certaines garanties à la femme

(1) Cass., 6 novembre 1854, Dall., 54, I, 439 ; Chambres réunies, 8 juin 1858, Dall., 58, I, 233.

pour le cas d'une vente volontaire, mais il n'en ressort pas nécessairement que, d'une manière absolue, pour les obligations qu'elle pourrait contracter personnellement, ses immeubles se trouveraient frappés de l'inaliénabilité dotale. S'il est permis, en effet, à la femme commune de soumettre tout ou partie de ses biens au régime dotal, et si cette convention n'est assujettie à aucune formule sacramentelle, il faut au moins qu'il y ait, de la part de la femme à cet égard, une déclaration expresse tellement claire que les tiers ne puissent jamais être induits en erreur.

70. — La question de la soumission des biens de la femme commune aux règles de la dotalité se présente encore à l'occasion de la clause de reprises d'apports francs et quittes.

Aux termes de l'article 1554, la femme peut stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté, elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté, soit lors du mariage, soit depuis, sans avoir à s'inquiéter des dettes tombées dans la communauté du chef de son mari. Mais, de sa nature, cette clause ne concerne que les rapports des époux entre eux : au regard des créanciers, la femme demeure tenue de toutes les dettes auxquelles elle s'est personnellement obligée.

Cela étant, quel serait l'effet de la clause portant que la femme, en cas de renonciation, reprendra son apport franc et quitte de toutes dettes, de celles-là même auxquelles elle se serait obligée conjointement ou solidairement avec le mari, ou au paiement desquelles elle aurait été condamnée avec lui ? Une pareille stipulation serait-elle opposable aux créanciers de la femme ; en d'autres termes, suffirait-elle pour soumettre l'apport de la femme au régime dotal et le frapper d'inaliénabilité ?

La Cour de cassation avait d'abord interprété dans le sens de l'affirmative la clause dont il s'agit (1). Cette stipulation accessoire serait, disait-elle, surabondante et sans objet si la femme n'était pas autorisée à s'en prévaloir vis-à-vis de ses créanciers ; les futurs époux ont entendu user du droit que la loi leur confère de combiner les régimes matrimoniaux, et il n'y a rien dans une telle clause qui sorte des limites de la liberté des conventions nuptiales.

Cette interprétation, pour logique qu'elle fût, dépassait de beaucoup l'intention des contractants et des notaires qui la leur avaient conseillée. Dans leur pensée, la clause ainsi formulée n'avait pas pour but de frustrer les tiers, mais uniquement de faire ressortir l'idée que la femme serait autorisée, non seulement à reprendre son apport sans être tenue des dettes contractées par le mari, mais même à réclamer de ce dernier une indemnité pour celles de ces dettes auxquelles elle se trouverait personnellement obligée. Au fond, la clause litigieuse ne faisait donc que reproduire, en l'expliquant, la disposition de la loi.

Aussi la Cour suprême entra-t-elle dans une autre voie. Elle commença par rejeter les pourvois formés contre diverses décisions qui avaient restreint aux rapports des époux entre eux les effets de la clause litigieuse (2), puis, rompant définitivement avec sa première jurisprudence, elle décida que la clause qui autorise la femme à reprendre ses propres francs et quittes, nonobstant ses engagements envers les créanciers du mari, ne s'oppose pas à ce qu'elle aliène valablement ses propres pendant

(1) Cass., 7 février 1855, Sir., 55, I, 580 ; 16 février 1856, Sir., 56, I, 415.

(2) Cass., 14 et 15 décembre 1858, Sir., 59, I, 229 à 233.

la communauté (1). Des stipulations de ce genre ne doivent pas être interprétées au delà de leurs termes strictement entendus : la femme n'ayant pas stipulé expressément l'inaliénabilité de ses propres, ses propres doivent être aliénables.

Il suit de là, que si la clause est formulée en termes assez formels, par exemple si la femme stipule la reprise de son apport même au préjudice des créanciers de la communauté vis-à-vis desquels elle se serait personnellement obligée ou envers lesquels elle aurait été condamnée, le contrat de mariage pourra être interprété comme établissant l'inaliénabilité des biens de la femme. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales ne permet pas en effet de refuser à la femme le droit de stipuler la clause de franc et quitte de manière à la rendre opposable même aux créanciers, et d'autre part, il faut bien admettre que l'intention de soumettre ses propres aux règles de la dotalité, résulte suffisamment d'une pareille stipulation. Les conséquences qui en découlent sont les suivantes : les créanciers ne pourront pas, après la dissolution de la communauté, saisir les effets ou valeurs formant l'objet des reprises de leur débitrice, et de plus, toutes les subrogations à son hypothèque légale qu'elle aurait consenties, seraient sans effet en ce qui concerne ses reprises.

On a contesté toutefois qu'il fut possible de trouver dans la stipulation de reprise d'apports ainsi formulée cette déclaration expresse de dotalité qu'exige l'article 1392, et on a même ajouté que, fut-il possible de l'entendre en ce sens, elle serait destituée d'effets civils à un autre point de vue. La clause dont-il s'agit « autorise

(1) Cass. 21 décembre 1869, Dall., 70, I, 52.

la stipulation d'un régime matrimonial sous une condition purement potestative, en ce que la femme est, à son gré, commune en biens ou dotale, suivant qu'il lui plait d'accepter la communauté ou d'y renoncer. Il y a là en effet une communauté ou une dotalité conditionnellement stipulées, car la femme dit : si je renonce, j'agirai contre les tiers comme femme dotale ; la condition est purement potestative car toute stipulation prohibitive de la faculté de renoncer étant nulle, il n'y a aucun lien de droit qui puisse obliger la femme à renoncer ou à accepter et tout dépend uniquement de sa seule volonté. » (1).

Ces objections manquent de justesse.

Prétendre, en effet que la clause de reprise d'apport formulée de façon à être opposable aux tiers, ne constitue pas la déclaration expresse de dotalité exigée par l'article 1392, c'est résoudre la question par la question elle-même. La stipulation dont il s'agit ne peut pas s'interpréter autrement que par l'intention d'établir l'inaliénabilité ; or, aux termes de l'article 1392 que faut-il pour établir la dotalité ? Une manifestation non douteuse de la volonté des parties et non des paroles sacramentelles que la loi n'exige jamais.

D'autre part, est-il vrai de dire que la clause litigieuse subordonne à la volonté de la femme le régime sous lequel elle se trouvera mariée ? La femme conserve sans doute le droit d'option que l'article 1453 lui confère et auquel il lui est défendu de renoncer ; mais qu'elle accepte ou qu'elle renonce, elle n'aura jamais été mariée sous un régime autre que la communauté. Que si la renonciation entraîne l'assujettissement de certains biens à

(1) Pont, *Revue critique*, 1856, t. IX, p. 536.

l'une des règles de la dotalité, on ne peut en induire qu'il y ait stipulation conditionnelle de l'un ou de l'autre régime au gré de la femme ; ce qui est vrai, c'est qu'il y a combinaison d'une règle du régime dotal et des règles du régime de communauté. La question se ramène donc à ceci : est-il permis aux futurs époux d'attacher à la renonciation éventuelle qui appartient à la femme commune, des effets plus étendus que ceux qui en découlent de plein droit, et spécialement la garantie de l'inaliénabilité dotal ? L'affirmative est certaine, car, nous l'avons vu, une pareille clause fait partie du droit commun des conventions matrimoniales. (1)

SECTION II. — DE LA COMBINAISON DU RÉGIME DE SÉPARATION DE BIENS ET DU RÉGIME DOTAL.

71. — La règle de l'inaliénabilité pourrait-elle être introduite dans le régime de séparation de biens ?

Il semble que la question soulève les mêmes difficultés que celle que nous venons de discuter, et que les raisons données pour l'introduction de la dotalité dans le régime de communauté s'appliquent également au régime de séparation de biens.

Il n'en est rien cependant, s'il faut en croire de savants auteurs. L'identité entre les deux espèces ne serait qu'apparente, et ce serait commettre une erreur juridique que de les assimiler. On concède bien, dans cette doctrine, que les époux peuvent stipuler l'inaliénabilité en dehors du régime dotal ; mais, pour cela, il ne faut pas, ajoute-t-on, qu'entre cette inaliénabilité et les biens auxquels

(1) Cass., 29 janvier, 1866, Sir., 66, I, 141 ; 21 décembre 1869, Sir., 70, I, 161.

elle s'applique, il y ait incompatibilité. Or, cette incompatibilité existe entre l'inaliénabilité et les biens de la femme séparée de biens. La raison qu'on en donne est la suivante : l'inaliénabilité est liée intimement à la dotalité, elle ne peut s'appliquer qu'aux biens dont le mari a l'administration et la jouissance ; ce qui le prouve, c'est que tous les textes qui, à un point de vue quelconque, s'occupent de la dotalité, parlent des biens dotaux (art. 1554, 1555). Il en résulte que la femme qui adopte le régime de séparation de biens, ne peut pas stipuler que ses immeubles seront inaliénables, de même qu'elle ne peut pas le faire relativement à ses paraphernaux sous le régime dotal. Que si une pareille clause est permise sous le régime de la communauté, c'est que les propres de la femme auxquels elle s'applique sont des biens dotaux au sens large du mot, c'est-à-dire des biens dont le mari a l'administration et la jouissance ; il n'est donc pas permis de conclure d'un cas à l'autre (1).

72. — Ce raisonnement ne nous paraît pas décisif.

On nous dit que l'introduction de l'inaliénabilité dans le régime de séparation de biens est défendue, parce que l'inaliénabilité ne s'applique par essence qu'aux biens dotaux. Or, c'est là une affirmation dont il faudrait faire la preuve. Si le Code n'a traité de l'inaliénabilité qu'à l'occasion des biens dotaux, c'est qu'il n'a envisagé chaque régime qu'avec ses caractères propres et distincts, sans s'occuper des dérogations que la convention des parties peut y apporter, ni des combinaisons qu'elle peut adopter. Il s'est borné à poser dans l'article 1387 le principe de la liberté des conventions matrimoniales, et il laisse aux futurs époux le soin de modifier et de com-

(1) Note de M. Lyon-Caen, Sir., 1876, II, 65.

biner comme ils l'entendent les différentes dispositions comprises dans chacun des régimes.

La règle fondamentale à laquelle il faut toujours revenir et que nous avons déjà formulée est celle-ci : tout ce que le législateur édicte à l'occasion du contrat de mariage rentre dans le droit commun des conventions matrimoniales ; c'est là, en quelque sorte, la matière sur laquelle la convention des parties peut s'exercer. Il en résulte que, si l'on admet la stipulation d'inaliénabilité appliquée aux propres de la femme commune, il n'y a aucune raison pour ne pas l'appliquer aussi au patrimoine de la femme séparée de biens.

La loi fournit d'ailleurs en ce sens un argument décisif. L'article 1563 dispose que, si la dot est mise en péril, la femme peut poursuivre la séparation de biens, même sous le régime dotal. Le jugement prononcé, la situation des biens précédemment dotaux sera la suivante : ils continueront à rester inaliénables, et ils seront administrés par la femme elle-même, d'où il suit qu'il peut y avoir des biens inaliénables dont la femme conserve l'administration et la jouissance : la prétendue incompatibilité qu'on nous oppose n'existe donc pas. Quant aux biens paraphernaux, ils continuent à être gérés par la femme, comme par le passé.

C'est ainsi que la séparation de biens judiciaire prononcée au profit de la femme dotale nous montre tous les biens de la femme administrés par elle, et parmi ceux-ci des biens inaliénables. Stipuler, en se mariant sous le régime de la séparation de biens conventionnelle, que certains biens seront grevés d'inaliénabilité, est-ce établir un régime différent de celui que nous venons de voir fonctionner ? Il serait difficile de le soutenir, et il serait plus difficile encore de donner les raisons qui s'op-

posent à ce que les règles de la séparation de biens judiciaire s'appliquent à la séparation contractuelle.

Un autre argument de la doctrine adverse est l'autorité de la tradition. A aucune époque, dit-on, l'inaliénabilité n'a été admise pour d'autres biens que pour ceux que le mari administre ; jamais les biens paraphernaux de la femme n'ont été inaliénables, ni en droit romain, ni en droit écrit. Or, la tradition est la source la plus féconde de l'interprétation des dispositions du Code civil sur le contrat de mariage.

Nous n'y contredisons pas ; mais, dans l'espèce, les principes ne sont pas les mêmes que dans l'ancien droit. Jadis, il y avait en quelque sorte deux législations isolées dont la combinaison était rare, et tout au moins n'avait jamais été prévu par les lois. Le Code a suivi un système différent : les articles 1387 et 1581 autorisent la fusion des divers régimes au gré des parties. Par conséquent, ou bien le principe de la liberté des conventions matrimoniales n'a pas de sens, ou bien il autorise la stipulation de toutes les clauses dont on trouve un exemple dans la loi elle-même, ce qui est le cas de l'article 1563. Que peut la tradition contre un texte aussi formel ?

D'ailleurs, les partisans de la thèse contraire reconnaissent eux-mêmes qu'il n'y a pas, au point de vue rationnel, de motif décisif pour justifier la distinction selon laquelle les seuls biens dotaux peuvent être stipulés inaliénables, à l'exclusion de tous autres biens. Cette concession est la condamnation d'un système qui n'est fondé ni en logique ni en droit.

SECTION III. — DE LA CLAUSE D'ALIÉNABILITÉ DES BIENS
DOTAUX.

73. — Par application du principe de la liberté des conventions matrimoniales et de l'article 1557 du Code civil, les époux sont libres, en adoptant le régime dotal, de déclarer les biens dotaux de la femme aliénables sans aucune condition de emploi et même sans l'observation des formalités prescrites par l'article 1558. Dans la plupart des pays de droit écrit, l'inaliénabilité des immeubles dotaux de la femme était considérée comme une disposition d'ordre public à laquelle les parties ne pouvaient déroger, mais elle ne pouvait conserver ce caractère sous l'empire du Code qui faisait à la liberté des conventions une place que le droit romain n'avait pas connue.

Il semble au premier abord, que la réserve de la faculté d'aliéner les biens dotaux soit incompatible avec le but du régime dotal, qui est de protéger la femme contre les conséquences des engagements qu'elle contracterait dans l'intérêt ou sous l'influence de son mari; mais il n'en est rien. Nous avons vu en effet, en étudiant les modifications que le contrat de mariage peut apporter à l'incapacité de la femme dotale, que la simple stipulation d'aliénabilité des immeubles dotaux, ne suffit pas pour les affecter comme gage aux créanciers de la femme, et qu'il faut pour cela une déclaration expresse ou une intention certaine révélée par l'ensemble des clauses du contrat. Stipuler purement et simplement le droit d'aliéner les immeubles dotaux, n'est donc pas, pour la femme dotale, renoncer aux sûretés que la loi lui accorde, et notamment à l'action en reprises qui est garantie par son hypothèque légale; ce n'est pas même altérer le régime dotal dans

son essence, puisque, nonobstant cette clause, la dot demeure assurée d'une manière non moins complète et non moins efficace. Le seul but d'une pareille convention est de délier les mains de la femme, et de lui permettre de profiter des bonnes occasions qui pourraient se présenter, sans rien lui faire perdre des avantages qu'elle trouve dans le régime dotal.

Nous avons vu que la clause d'aliénabilité de l'immeuble dotal ne le rend pas par cela même susceptible d'hypothèque (1) ; nous avons vu également que la faculté d'aliéner peut être stipulée sans conditions ou bien, et c'est le cas le plus fréquent, à charge de remploi, et que dans cette hypothèse, les tiers sont responsables du défaut d'accomplissement de la condition mise à l'aliénation des biens dotaux (2).

Il reste à signaler que les contractants peuvent stipuler que le remploi sera valablement fait par le mari seul, sans que l'acceptation de la femme soit nécessaire pour la perfection de l'opération, et qu'ils ont le droit de décider d'avance en quels biens il devra être effectué.

SECTION IV. — DE LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS.

74. — Le régime dotal, en protégeant puissamment la femme, en assurant la restitution de la dot et l'avenir des enfants, présente des avantages notables ; mais s'il est un régime conservateur, il est aussi, comme on l'a dit très justement, un régime d'immobilité : la femme n'est pas associée aux bénéfices résultant d'une économie bien entendue et de la sage administration du ménage ; le

(1) N° 55.

(2) N° 69.

mari profite seul des revenus et s'enrichit sur un patrimoine qui n'est pas le sien. De là, un manque d'unité et de stimulant où il devrait exister une collaboration constante, de là encore une simple juxtaposition des intérêts, alors qu'il devrait y avoir fusion de ces mêmes intérêts, et alors que la communauté des biens devrait corroborer la communauté d'affection.

C'est pour remédier à ces inconvénients, pour concilier deux choses qui à première vue paraissent inconciliables, la dotalité et la communauté, que la loi a permis d'allier au régime dotal un régime de communauté réduite aux acquêts. L'article 1581 dispose en effet que, en se soumettant au régime dotal, les époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts dont les effets sont réglés aux articles 1498 et 1499. Comme on le fit remarquer dans les travaux préparatoires du Code, cette combinaison est surtout « favorable aux époux qui mettent dans leur mariage plus d'espérance et de tendresse que de fortune », mais il était inutile de la mentionner, car à lui seul, l'article 1387 permettait de la stipuler elle et toutes autres de même nature. La mention expresse fut faite pour consacrer législativement une clause qui était devenue de style en pays de droit écrit et notamment dans le ressort du parlement de Bordeaux. « La même attention qui voulut régulariser le régime dotal dans les pays méridionaux, lisons-nous dans le rapport de Duveyrier au Tribunat, voulut aussi rassurer une des plus florissantes cités de la France sur la jouissance d'un usage qu'elle affectionnait et qui n'était qu'un mélange légitime des deux systèmes (1). »

Cette clause n'était pas d'ailleurs exclusivement usitée

(1) Locré, XIII, p. 396.

en pays de droit écrit : la coutume de Normandie, qui prohibait le régime de communauté, avait, elle aussi, adouci sa sévérité en faveur de cette stipulation. S'il faut en croire nos vieux auteurs, elle aurait même une origine plus ancienne : son invention remonterait au droit romain lui-même et notamment aux LL., 16-3, *de aliment. et cib.*; 7 *pro socio* (1).

75. — La société d'acquêts qui est comme un accident du régime dotal, ne déroge en rien aux principes constitutifs de ce régime, soit quant à la dot dont il n'altère pas le caractère d'inaliénabilité, soit quant aux biens paraphernaux ; en réalité, il y a deux régimes distincts qui coexistent, mais dont les principes sont indépendants.

La règle qui doit servir à interpréter les dispositions du contrat de mariage relativement à la société d'acquêts, est posée dans les termes suivants par l'article 1581 : les effets de cette société sont réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499. Cette disposition ne doit être acceptée que sous réserve ; malgré la stipulation d'une clause de communauté d'acquêts, c'est encore le régime dotal qui fait le fond de la combinaison, et par suite, ce sont les règles de la dotalité qui dominent. Le nœud de la difficulté est dans la conciliation des principes opposés des deux régimes. Mais cette conciliation ne doit pas se faire aux dépens du régime dotal : on doit lui laisser son fonctionnement régulier et n'appliquer les règles de la communauté réduite aux acquêts qu'autant qu'elle ne heurteront pas les dispositions propres du régime dotal. D'après M. de Folleville, la formule fondamentale qui doit constamment servir de guide dans cette matière est

(1) Cujas, Consult, VII; Ferrière, *Traité de la coutume de Paris*; Bouhier, *Coutume de Bourgogne*.

celle-ci : tous les biens qui ne rentrent pas dans la société d'acquêts sont soumis au régime dotal et à toutes les règles qui en découlent habituellement (1).

76. — Une convention expresse est nécessaire pour établir une société d'acquêts sous le régime dotal, car il s'agit là d'une clause exceptionnelle. Mais, comme dans toutes les autres conventions, le Code n'exige l'emploi d'aucune expression sacramentelle, il faut et il suffit que la volonté des parties soit claire et précise. Que si le doute s'élève sur le sens de la clause portée au contrat de mariage, l'intention d'établir une société d'acquêts devra être plus facilement admise dans les pays où cette combinaison était en usage que dans les pays autrefois coutumiers où elle était à peu près inconnue.

Dans les pays de droit écrit, on admettait généralement qu'une société d'acquêts pouvait être valablement stipulée après la célébration du mariage : cette convention devait valoir au moins comme donation à cause de mort (2). On se fondait sur ce que les époux pouvaient contracter ensemble comme auraient pu le faire des personnes étrangères et, d'autre part, sur ce que les avantages entre époux n'étaient pas interdits.

Sous l'empire du Code, la stipulation pendant le mariage d'une société d'acquêts par des époux qui se seraient soumis au régime dotal vaudrait-elle comme donation à cause de mort ?

Quelques auteurs l'ont pensé : ils se fondent sur ce que les articles 1094 et 1096 permettent aux époux de se faire des libéralités révocables ; or, la stipulation d'une

(1) *Revue pratique*, t. XXXIX, p. 216.

(2) Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, ch. XXI, n° 156 ; Tessier, *Traité de la Société d'acquêts* n° 9.

société d'acquêts n'est au fond qu'une libéralité de ce genre (1).

Cette opinion est repoussée avec raison par la majorité des auteurs, car, d'une part, la loi prohibe les donations à cause de mort, et d'autre part l'article 1395 ne permet d'apporter aux conventions matrimoniales aucun changement après la célébration du mariage. D'ailleurs, l'article 1399 est formel : la société d'acquêts, comme toute autre stipulation entre les futurs époux, « commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil : on ne peut pas stipuler qu'elle commencera à une autre époque. »

On peut encore se demander si l'on doit admettre sous l'empire du Code, une modification curieuse de la société d'acquêts, que l'on désignait autrefois sous le nom de *Société des quatre* et qui était paraît-il, très usitée dans le ressort du parlement de Bordeaux (2). C'était une clause par laquelle les père et mère qui avaient stipulé une société d'acquêts associaient leur fils et leur bru aux profits et pertes de leur communauté.

La réponse n'est pas douteuse. Une pareille convention ne saurait être permise dans notre droit civil, car elle déroge aux principes fondamentaux de la communauté et spécialement aux droits du mari comme chef.

77. — Les règles qui déterminent la composition de l'actif et du passif de la société d'acquêts jointe au régime dotal, sont en général les mêmes que celles qui fixent la composition de l'actif et du passif de la communauté réduite aux acquêts. Aussi nous bornerons-nous à une énumération rapide.

(1) Toullier XII, n° 35 ; Merlin, *Contrat de mariage*, § 5 n° 2.

(2) M. Deloynes, *Notes sur Tessier*, n° 73.

L'actif de la société d'acquêts comprend : 1° les revenus des biens dotaux ; 2° les revenus des biens du mari ; 3° les produits du travail ou de l'industrie des époux, qu'il s'agisse de bénéfices collectifs ou de bénéfices personnels ; 4° les économies faites par la femme sur les revenus de ses paraphernaux. On a soutenu que, par application des articles 1409 et 1498, ces revenus devaient tomber en entier dans la société d'acquêts, de même qu'ils profitent à la communauté réduite aux acquêts ; mais cette opinion est inadmissible. Nous avons dit que dans l'interprétation du régime mixte que nous étudions, on doit laisser au régime dotal son fonctionnement régulier ; or, attribuer à la société d'acquêts la totalité des revenus des paraphernaux, serait détruire l'effet de l'article 1576 qui donne à la femme la jouissance de ces biens ; ce serait également contraire à la tradition de l'ancienne jurisprudence du parlement de Bordeaux et des pays de droit écrit (1) ; 5° les acquisitions à titre onéreux faites pendant le mariage entrent également dans l'actif de la société d'acquêts, à moins qu'elles n'aient été faites en remploi d'un propre de l'un des époux.

Le passif de la société d'acquêts est gouverné par le même principe que le passif de la communauté légale *ubi emolumentum, ibi onus esse debet*. En conséquence, il comprend : 1° les charges du mariage ; 2° les intérêts et arrérages des dettes du mari antérieures au mariage ; 3° les dettes de la femme antérieures au mariage si tous les biens sont dotaux ; s'il y a des paraphernaux, les intérêts seront prélevés d'abord sur les revenus des paraphernaux et subsidiairement sur les revenus des biens dotaux ; 4° les dettes nées du chef du mari pendant le

(1) Tessier, *loc. cit.* n° 85.

mariage tombent, même pour le capital, dans le passif de la société. Il ne faut pas s'attacher sur ce point à la lettre de l'article 1498 qui exclut du passif social les dettes futures ; en refusant au mari le droit d'obliger les biens communs en s'obligeant personnellement, on lui enlèverait les moyens de pourvoir même aux besoins du ménage. L'article 1498 est donc étranger aux dettes contractées par le mari pendant le mariage, et, à défaut de texte spécial, on doit appliquer les règles de la communauté légale. Quant aux dettes contractées par la femme au cours du mariage, elles seront, même pour le capital, à la charge de la société d'acquêts, si elles ont été autorisées par le mari ; elles ne la grèveront que pour les intérêts et arrérages, et seulement à défaut de revenus suffisants des biens paraphernaux si l'autorisation émane de la justice.

78. — La combinaison du régime de communauté et du régime dotal ne modifie en rien les règles d'administration que le Code a tracées à l'égard de chacun d'eux. Le mari aura sur les biens de la société les pouvoirs que le droit commun lui confère sur les biens de la communauté, et, sur les biens dotaux de la femme, il exercera les droits d'administration et de jouissance qui lui sont accordés par la section II du chapitre III du titre du contrat de mariage.

La seule difficulté qui résulte de la juxtaposition des deux régimes, est relative aux droits de la femme sur ses paraphernaux. Une vive controverse s'élève sur la question de savoir si elle en garde l'administration, ou si cette administration reste au mari.

L'examen de l'ancienne jurisprudence n'est pas de nature à jeter une bien grande lumière sur le débat : dans les sociétés d'acquêts contractées sur le territoire de la

coutume de Bordeaux, la femme perdait l'administration et la jouissance de ses paraphernaux; au contraire, dans les pays du ressort du parlement de Bordeaux régis par le seul droit écrit, la femme conservait l'administration et la jouissance des mêmes biens, sous l'obligation de faire participer son mari aux économies par elle réalisées sur les fruits et revenus des biens extra-dotaux (1).

Les travaux préparatoires du Code ne permettent pas non plus de dire quelle a été sur ce point l'intention du législateur.

Il faut donc recourir encore ici à la règle d'interprétation déjà énoncée. La société d'acquêts n'étant qu'un accident du régime dotal, ce dernier qui est l'objet direct et principal du contrat de mariage, doit conserver toutes les règles qui lui sont propres et auxquelles les futurs époux n'ont pas dérogé. Partant, l'article 1576 reste applicable tel quel, et la femme conserve l'administration et la jouissance de ses paraphernaux, sous cette réserve qu'elle devra verser entre les mains du mari administrateur de la société d'acquêts, les économies réalisées sur les revenus qu'elle aura touchés (2).

La Cour de cassation a décidé qu'il en serait ainsi alors même que les termes du contrat donneraient à la société d'acquêts les revenus des paraphernaux (3); il faudrait donc, pour écarter l'application de l'article 1576, qu'une clause expresse du contrat de mariage chargeât le mari de l'administration des paraphernaux.

79. — Lors de la dissolution de la société d'acquêts par la mort de l'un des époux ou par la séparation de biens, sa liquidation se fait d'après les règles indiquées

(1) Tessier, *loc. cit.* n° 85.

(2) Agen, 17 novembre 1852, Sir., 53, II, 56.

(3) Cass., 14 novembre 1864, Sir., 65, I, 31.

par les articles 1499 et 1504 pour la liquidation de la communauté réduite aux acquêts.

On peut se demander toutefois, si ces règles s'appliquent même au partage des revenus des biens dotaux dont la jouissance a été transférée à la société d'acquêts. S'il s'agit, par exemple, de l'acquisition des fruits civils et naturels de ces biens, faudra-il appliquer la règle de la communauté qui est celle du droit commun et d'après laquelle les fruits civils s'acquièrent jour par jour, et les fruits naturels par la perception (art. 585 et 586), ou bien devra-t-on suivre la règle formulée par l'article 1571 pour le régime dotal, de la façon suivante : à la dissolution du mariage, les fruits des immeubles dotaux se partagent entre le mari et la femme ou leurs héritiers, à proportion du temps qu'il a duré, pendant la dernière année ? L'opinion dominante est de faire prévaloir les règles de la communauté ; ce n'est pas, en effet, en tant que biens dotaux, mais en tant que biens communs, que les fruits sont partagés ; tous les revenus dont la société d'acquêts a la jouissance sont soumis aux mêmes règles, quelle que soit leur origine respective (art. 1528 et 1581).

Par application de l'article 1453, la femme mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts peut, à la dissolution de cette société, l'accepter ou y renoncer dans les mêmes conditions où l'acceptation et la répudiation de la communauté sont permises, c'est-à-dire que cette faculté d'option ne pourrait être aliénée par le contrat de mariage, et qu'elle appartient également aux ayants-cause universels ou à titre universel de la femme.

80. — Lorsque la femme accepte la société d'acquêts, elle a droit à la moitié de l'actif, conformément à la règle de l'article 1474 ; de même, elle doit contribuer pour moitié au paiement des dettes sociales.

Il s'agit dès lors de savoir sur quels biens ces dettes pourront être poursuivies.

Quant aux biens recueillis dans le partage de la communauté, il est hors de doute qu'ils restent affectés comme gage aux créanciers de la société d'acquêts. La dissolution du mariage n'a pas eu pour effet de les rendre dotaux : ils demeurent entre les mains de la femme ce qu'ils étaient précédemment, c'est-à-dire des biens extra-dotaux aliénables selon le droit commun. Les créanciers pourront donc les saisir sans que la femme puisse opposer aucune exception.

La question deviendrait toutefois plus délicate si la dissolution de la société d'acquêts avait pour cause une séparation de biens. La femme, pourrait-on dire, s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, la séparation de biens n'a pas pour effet d'enlever à son patrimoine le caractère de dotalité que lui a imprimé le contrat de mariage : tous les biens qui lui adviennent sont donc dotaux, quelle que soit leur origine, et, partant, insaisissables. Il en résulte que les créanciers de la société d'acquêts ne pourront agir contre les immeubles que la femme aurait recueillis dans le partage de la communauté.

Ce raisonnement n'est que spécieux. Les immeubles qui ont été achetés pour le compte de la société sont devenus des biens communs dès le jour de leur acquisition et il n'est pas au pouvoir des époux de leur enlever après coup un caractère qui résulte des conventions matrimoniales elles-mêmes. On peut dire plus : il ne serait pas même permis d'insérer dans le contrat de mariage une clause qui aurait pour effet de rendre dotale la part recueillie par la femme dans la société d'acquêts, pour le cas où cette société viendrait à se dissoudre durant le

mariage. Une pareille stipulation serait contraire à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales, en ce qu'elle permettrait aux époux de rendre aliénables ou inaliénables les biens de la société d'acquêts en faisant cesser ou en rétablissant la séparation de biens (1). Cette dotalité intermittente serait d'ailleurs pleine de dangers pour les tiers à qui la connaissance du contrat de mariage ne suffirait plus pour savoir à quel régime sont soumis les immeubles de la femme, les époux pouvant les replacer presque à leur gré sous le régime de communauté ou sous le régime dotal. Les droits des créanciers sur les biens de la société sont donc au-dessus de toute atteinte.

Mais les dettes, dont la femme est ainsi tenue comme commune, pourraient-elles être poursuivies également sur les biens dotaux ? Sans doute, en principe, les biens dotaux sont insaisissables même après la dissolution du mariage au regard des créanciers antérieurs à cette dissolution, mais on pourrait croire qu'il n'en est pas de même dans notre espèce. La dissolution du mariage a, en effet, rendu à la femme sa pleine capacité, et il y aurait quelque apparence de raison à soutenir que le fait même de l'acceptation de la société d'acquêts à un moment où la dotalité avait pris fin, c'est-à-dire à un moment où la femme a pu valablement s'obliger, constitue un nouvel engagement dont l'exécution pourra se poursuivre sur tous ses biens et notamment sur les biens ci-devant dotaux.

Malgré son semblant de logique, cette argumentation est fautive. L'acceptation de la société d'acquêts par la femme, n'est pas une obligation qui donne aux créanciers

(1) Cass., 29 juin 1847, *Dall.*, 47, I, 295.

des droits nouveaux : un semblable engagement ne saurait résulter virtuellement d'une simple déclaration qui n'a d'autre effet que de soumettre la femme aux conséquences de la société d'acquêts et aux obligations contemporaines de l'union conjugale. Toutefois, rien ne s'opposerait à ce que la femme, à qui le veuvage a rendu sa capacité, prit, par une convention formelle, distincte de l'acceptation générale de la société d'acquêts, un engagement qui pût être exécuté sur ses biens dotaux devenus disponibles pour l'avenir (1).

Il reste à voir quels effets produit l'acceptation de la société d'acquêts sur l'exercice de l'hypothèque légale la femme dotale.

Un point qui est hors de doute, c'est que la femme peut, après la dissolution du mariage, renoncer à l'hypothèque légale destinée à garantir ses reprises dotales.

Mais, peut-on dire d'une façon générale que l'acceptation de la communauté d'acquêts emporte de la part de la femme renonciation au droit de se prévaloir de son hypothèque légale, du moins en ce qui concerne les immeubles faisant partie de la société, à l'encontre des créanciers vis-à-vis desquels elle s'est personnellement obligée ?

L'affirmative semble très naturelle. Toutefois, on ne doit pas se prononcer d'une façon absolue, car les renonciations ne se présument pas, et il peut se présenter telles circonstances qui ne permettent pas de regarder l'acceptation de la société d'acquêts comme une renonciation à l'hypothèque légale. Le juge devra donc rechercher en fait si, par son acceptation, la femme a eu

(1) M. de Folleville, *Revue pratique*, t. XXXIX, p. 232.

l'intention de renoncer aux garanties particulières du régime dotal (1).

La décision ne serait plus la même, si la poursuite hypothécaire devait s'exercer contre les tiers acquéreurs des immeubles de la société. Alors même qu'elle n'aurait pas concouru aux actes d'aliénation, la femme acceptante serait non recevable à agir contre les tiers pour l'exercice de ses reprises, car dans ce cas particulier, l'acceptation de la communauté emporte évidemment renonciation à la faveur que la loi lui accorde. En se soumettant aux conséquences de la société d'acquêts, elle a, par cela même, confirmé les aliénations consenties par le mari, et c'est à juste titre qu'on peut lui opposer l'exception de garantie : *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*.

81. — Les mêmes questions se présentent lorsque la femme a renoncé à la société d'acquêts. Peut-elle se prévaloir de son hypothèque légale à l'encontre des créanciers vis à vis desquels elle se serait personnellement obligée? Peut-elle opposer cette hypothèque aux acquéreurs des biens communs aliénés par son mari même avec son consentement exprimé par son concours à l'acte? Il faut répondre oui, d'une manière absolue, car dans les deux cas la raison de décider est la même. « Par l'effet de la renonciation de la femme, le mari est censé avoir toujours été seul propriétaire des biens communs qui sont, en conséquence, frappés par l'hypothèque légale au même titre que ses immeubles propres, et, comme la femme dotale ne peut, pendant le mariage, compromettre par aucun acte l'exercice de son hypothèque légale à raison de sa dot immobilière, et même de

(1) Cass., 28 juin 1847, Sir., 47, I, 493.

sa dot mobilière dans l'opinion consacrée par la jurisprudence, son engagement vis à vis des créanciers ou son concours à l'acte d'aliénation ne peuvent la priver du droit de l'invoquer (1). »

Chapitre V

CARACTÈRE DU RÉGIME AUQUEL LES ÉPOUX SONT SOUMIS A DÉFAUT DE STIPULATIONS EXPRESSES

82. — Nous avons vu au début de cette étude, qu'il doit y avoir nécessairement entre les époux un règlement de leurs rapports pécuniaires, et que, s'ils n'ont pas choisi eux-mêmes le régime matrimonial auquel ils entendent se soumettre, la loi le fait pour eux. C'est en effet ce que dispose l'article 1393 : A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II formeront le droit commun de la France.

Il n'est pas difficile d'apercevoir les raisons qui ont déterminé les rédacteurs du Code à faire de la communauté le régime de droit commun. La communauté est une institution essentiellement française, née sur notre sol et consacrée par le long usage des pays coutumiers. De plus, elle convient bien mieux à la nature du mariage que le régime jadis pratiqué dans les pays de droit écrit,

(1) M. Deloynes, *Notes sur Tessier*, n° 192; Cass., 16 novembre 1847, *Dall.*, 48, I, 46.

car au lieu de séparer les intérêts des époux comme le fait le régime dotal, elle restitue à la femme son rôle naturel d'associée et de compagne du mari, et ainsi contribue puissamment à la bonne administration et à la prospérité du ménage.

Cette supériorité de la communauté est très généralement admise, et la plupart des jurisconsultes modernes reconnaissent volontiers que la disposition de l'article 1393 s'imposait au législateur, en raison de l'excellence du régime.

Mais l'accord n'est plus le même, lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère du texte précité et de dire à quel titre le Code soumet à la communauté les époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage. Est-ce une obligation légale? Est-ce la consécration d'une convention tacite que l'on suppose être intervenue entre les époux? Est-ce un quasi-contrat ou bien un régime d'élection?

Toutes ces opinions ont été émises, et toutes ont trouvé des défenseurs.

83. — La question d'ailleurs date de loin. Dès l'ancien droit, on s'était préoccupé de savoir quel était le véritable caractère du régime de communauté, et l'idée de convention tacite, aujourd'hui encore dominante, avait été mise en avant par Dumoulin.

Pour le jurisconsulte coutumier, la communauté résulte d'un accord tacite; ceux qui se marient sans faire de conventions sont présumés contracter selon les mœurs et les usages du lieu de leur domicile, d'où il suit que la communauté n'étant pas affaire de coutume, mais affaire de convention, tous les biens des époux lui sont soumis, même ceux situés sur le territoire de coutumes qui n'admettent pas ce mode d'association : « non obstat quod hujus modi societas non est expressa, sed tacita, nec oritur ex

contractu expresso partium, sed ex tacito, vel præsumpto contractu a consuetudine locali introducto. » C'est en vain, ajoute Dumoulin, que l'on opposerait le principe de la réalité des coutumes, lequel empêche qu'elles ne sortent de leurs limites : ce principe n'a lieu que lorsqu'il s'agit purement et simplement du pouvoir et des effets de leurs dispositions, mais non quand il s'agit de fixer l'effet d'une convention soit expresse, soit tacite. Et lorsque, pour interpréter la volonté des parties, on s'attache à la loi sous laquelle le mariage a été contracté, on ne peut pas dire que l'on fasse sortir cette loi de ses bornes et de son territoire : on recourt seulement à elle pour donner effet à des pactes intervenus entre personnes sujettes à sa domination et domiciliées dans son ressort.

Cette théorie levait les difficultés qui naissaient de la diversité des coutumes, aussi fut-elle adoptée par la majorité de nos anciens auteurs. « Les parties qui contractent mariage, à défaut de conventions expresses, dit Pothier, sont censées s'en être rapportées à la coutume et être tacitement ou du moins implicitement convenues de tout ce dont il est d'usage de convenir, et, par conséquent, être convenues de la communauté telle que la coutume l'établit, suivant ce principe de droit : *in contractibus veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione* (1)... Quoique cette communauté soit appelée légale, ce n'est pas néanmoins comme l'observe Dumoulin, la loi qui en est la cause immédiate ; elle n'est pas formée dit cet auteur *vi ipsius consuetudinis immediate et in se*. La cause immédiate qui produit et établit cette communauté est une convention qui n'est pas à la vérité expresse et formelle, mais qui est virtuelle et implicite, par

(1) *Coutume d'Orléans*, tit. X, article préliminaire, § 2.

laquelle les parties qui, en se mariant, ne se sont pas expliquées par leurs conventions matrimoniales, sont censées être tacitement convenues d'une communauté de biens telle qu'elle a lieu par la coutume du lieu de leur domicile... La loi même, lorsqu'elle dit homme et femme sont uns et communs en tous biens meubles, ne renferme pas un précepte, elle n'ordonne pas à l'homme et à la femme qui se marient d'être uns et communs, puisqu'il leur est bien permis de convenir le contraire; elle déclare seulement que l'usage est qu'ils sont censés être convenus d'être uns et communs en tous meubles, lorsqu'ils ne se sont pas expliqués avant leur mariage (1). »

Cette opinion de Dumoulin et de Pothier était également celle de Lebrun (2) et de la jurisprudence. Le Parlement de Paris était très ferme sur cette doctrine.

Quelle a été à cet égard la ligne adoptée par les rédacteurs du Code? Rien dans les textes ne nous permet de le dire d'une façon précise; mais il y a tout lieu de croire qu'ils ont suivi là comme ailleurs la tradition coutumière: ils se sont trop inspirés de Pothier dans le titre du contrat de mariage pour avoir abandonné sa doctrine sur ce point capital.

Quoi qu'il en soit, il est resté d'usage dans la jurisprudence (3) et dans la doctrine, de considérer la soumission au régime de communauté comme l'effet d'une convention tacite, et cette opinion est si généralement admise, qu'il y a, ce semble, quelque témérité à vouloir la combattre.

Qu'importe, disent ses partisans, que ce soit la loi qui ait attaché la communauté à la célébration du mariage?

(1) *Traité de la communauté*, article préliminaire, II, 1.

(2) *Traité de la communauté*, ch. II, 1.

(3) Cass., 11 juillet 1835; 4 mars 1837, Sir., 57, I, 247.

Les époux avaient le droit de faire à leur gré des conventions matrimoniales et de stipuler un régime différent de celui de la communauté ; s'ils ne l'ont pas fait, c'est qu'ils ont pensé que la loi le ferait pour eux et mieux qu'eux. « Ils ont donc ratifié par une intention réfléchie la disposition de la loi. Leur volonté s'est donc mêlée à la célébration. Elle s'y est mêlée pour introduire dans leur union un régime qu'elles auraient pu rejeter, mais qu'un examen réfléchi leur a fait accepter comme bon. Il y a donc entre elles accord tacite, convenance réciproque, sur ce régime légal auquel elles ont assigné la préférence. C'est dire assez qu'il y a eu un pacte volontaire qui, pour n'être pas exprès, n'en est pas moins certain (1). »

84. — Malgré les autorités qui s'y rattachent, cette théorie n'est pas acceptable, et l'idée de convention tacite appliquée à la communauté n'est, il faut bien le dire, qu'une pure fiction.

Les avantages qu'elle pouvait avoir dans l'ancien droit n'avaient pas fait illusion à ce point qu'elle ne trouvât déjà de sérieux contradicteurs : on peut dire qu'elle fut combattue dès l'instant de son apparition.

Dans son commentaire sur l'article 218 de la Coutume de Bretagne, d'Argentré trouve spécieux les raisonnements de Dumoulin, et il lui reproche de tomber dans la subtilité en disant que la coutume qui établit entre conjoints la communauté, n'est pas une loi publique qui s'impose. « Ce ne sont là, dit-il, que des mots de parade inventés pour surprendre et pour éblouir l'esprit ; mais la proposition n'est pas vraie. Au contraire, il est de principe que le statut d'une province ou la coutume d'un

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, I, n° 27.

pays ne reçoivent aucun changement, sous prétexte que ceux qui y sont sujets viennent joindre leur consentement à ses dispositions. »

Après d'Argentré, Boullenois, Argou, Froland (1) reprennent sa doctrine et repoussent au nom de la logique la fiction introduite par Dumoulin.

Pourtant, on comprenait encore ce système sous l'ancien droit coutumier ; s'il n'avait pas pour lui la vérité juridique, il répondait du moins aux nécessités de la pratique et servait à résoudre la fameuse question des statuts.

Chaque coutume avait son régime matrimonial, les unes acceptant, les autres repoussant la communauté. Si les époux avaient fait un contrat de mariage, la coutume qu'ils avaient déclaré adopter réglait tous leurs biens, quelle qu'en fût la situation. Mais en l'absence de conventions matrimoniales, quelle loi devait s'imposer si les parties possédaient des biens hors de l'enclave de la coutume de leur domicile ? Logiquement, il eût fallu appliquer à chacun de ces biens la *lex rei sitæ* : la conséquence eût été de créer pour les intérêts matrimoniaux autant de règlements différents que de biens soumis à des coutumes différentes. On comprit bien vite les inconvénients qu'entraînerait une semblable législation ; aussi chercha-t-on à les éviter en introduisant l'idée de contrat tacite. Les époux pouvaient, par une convention expresse, soumettre tous les biens à la loi de leur domicile ; on décida que, lorsqu'ils ne l'avaient pas fait, c'est qu'ils avaient implicitement entendu se soumettre à cette loi. Dès l'instant qu'on admettait que la coutume opérait *non in vim legis, sed in vim pacti*, dès l'instant que la cou-

(1) *Mémoires*, 1^{re} partie, ch. V, p. 91 et suiv.

tume devenait une convention tacite entre les parties, on lui faisait ressortir les mêmes effets qu'un contrat exprès, et la communauté acquérait une extension illimitée : elle s'attachait à tous les biens des époux, quelle que fût leur situation.

Avec l'unité de législation que le Code civil a donnée à la France, l'utilité de la doctrine du contrat tacite a disparu. Ce serait peu, toutefois, que de n'avoir plus de raison d'être, si elle n'était en même temps contraire à la tradition primitive de notre vieux droit coutumier.

Lorsque la communauté entre époux sortit au moyen âge des communautés taisibles entre serfs et roturiers, elle s'établit, non pas comme une convention librement adoptée, mais comme une obligation légale imposée par la coutume et attachée de plein droit au mariage. L'union des biens sous forme de communauté était la conséquence nécessaire de l'union des personnes. Tel fut le droit primitif que nous font connaître tous les coutumiers, de Beaumanoir jusqu'à Coquille.

Lorsqu'apparut le principe de la liberté des conventions matrimoniales, après la rédaction des coutumes, la conception première de la communauté se modifia ; l'idée de convention une fois introduite dans le règlement des rapports pécuniaires qui résultaient de la communauté, il n'y avait qu'un pas à faire pour l'introduire également dans l'adoption du régime lui-même : ce pas fut franchi par Dumoulin, non pas, nous l'avons vu, dans une pensée scientifique, mais uniquement pour répondre aux besoins de la pratique.

Ce qui n'était alors qu'une subtilité pure, l'est encore aujourd'hui, à bien plus forte raison.

La communauté légale a lieu dans trois cas : 1° lorsque les époux déclarent l'adopter ; 2° lorsqu'ils n'ont pas

fait de contrat de mariage ; 3° lorsque le contrat de mariage qu'ils avaient fait a été annulé. C'est aux deux dernières hypothèses que la doctrine adverse applique l'idée de convention tacite.

Est-il donc juste de dire que les époux qui ne font pas de contrat de mariage consentent par cela même à se soumettre au régime de communauté ? Un consentement ne se donne qu'en connaissance de cause ; or, bien des époux seraient embarrassés si on leur demandait sous quel régime ils ont entendu se marier. La plupart savent-ils ce qu'est la communauté, en connaissent-ils les effets ? Le petit nombre se compose de ceux qui se sont rendu compte de ce qu'ils faisaient ; les autres ont dû dire avec Montaigne : « Les loys ont mieulx pensé que nous, et vault mieulx les laisser faillir en leur eslection que de nous hasarder à faillir témérairement en la nôtre. »

Pour que l'on pût soutenir raisonnablement que les époux ont accepté la communauté légale, il faudrait que la loi eût ordonné de leur rappeler au moment de la célébration du mariage les conséquences pécuniaires qu'entraîne l'union par eux contractée ; il faudrait que par une disposition analogue à celle de l'article 75 du Code, l'officier de l'état civil fût tenu de leur lire le chapitre II du titre du Contrat de mariage, ou tout au moins l'article 1393. Il faudrait qu'on leur dît : vous vous mariez sans régler vous-mêmes vos intérêts pécuniaires, c'est votre droit ; mais sachez que dès cet instant votre association est régie par la loi, que tous vos biens meubles vont être communs, toutes vos dettes communes, que tout le mobilier qui vous adviendra par succession ou par donation sera commun, que le mari administrera seul les biens de la femme et qu'il disposera en maître des deniers de la communauté. Alors on pourrait dire que les

époux ont accepté tacitement le régime de communauté, mais sans cela, où puise-t-on le droit de l'affirmer ?

Allons plus loin ; lorsque les époux ont fait un contrat de mariage et adopté le régime dotal ou celui de la séparation de biens, puis, que ce contrat ayant été annulé, ils se trouvent forcément soumis à la communauté légale, sans pouvoir faire d'autres conventions matrimoniales, peut-on dire encore que la communauté résulte d'une convention tacite ? Les plus ardents défenseurs de la doctrine opposée n'oseraient sans doute le soutenir ?

Comment concevoir encore dans cette doctrine l'extension du régime de communauté aux incapables qui ont fait un contrat de mariage sans l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour leur mariage, ou sans l'assistance de leur conseil judiciaire ? De deux choses l'une : ou l'idée de convention tacite est fausse, ou on permet aux époux de stipuler tacitement ce qu'ils n'auraient pas le droit de stipuler d'une façon expresse.

Les plus savants interprètes du droit civil ne peuvent résoudre la difficulté qu'en éludant les dispositions formelles de la loi. C'est ainsi que M. Bertauld, ne pouvant se décider à imposer la communauté à des époux incapables ou à un époux incapable, conclut à l'application de la communauté réduite aux acquêts. « La stipulation expresse qui serait faite de la communauté légale pourrait, dit-il, à juste titre, être considérée comme lésionnaire ; comment donc suppléer cette stipulation pour lui assurer une efficacité qu'elle ne devrait point avoir si elle était l'œuvre d'une volonté exprimée (1) ? »

Est-il nécessaire d'insister davantage sur l'insuffisance de la théorie de la convention tacite, et ne suffit-il pas

(1) *Questions de droit civil*, I, p. 493.

pour la juger d'avoir montré qu'elle ne peut expliquer toutes les dispositions de la loi?

Il importe cependant d'examiner encore un argument considérable qui a été fourni en sa faveur.

L'article 1496 dispose que dans le cas où la confusion du mobilier et des dettes opérerait au profit de l'un des époux mariés sous le régime de communauté un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, les enfants du premier lit de l'autre époux auront une action en retranchement. Or, a-t-on dit, comment comprendre qu'une action en réduction puisse être exercée contre celui des époux qui s'est enrichi aux dépens de l'autre par suite de la communauté, si cette communauté n'est pas le résultat d'une convention et ne dérive pas de la volonté des parties? S'il en était autrement, il faudrait donc admettre que la loi donne des armes pour détruire une situation qu'elle a créée elle-même (1)?

L'argument n'est pas très embarrassant. Bien que le régime de communauté dérive de la loi elle-même, et nous verrons bientôt à quel titre, on peut, sans recourir à l'idée de convention tacite et sans mettre le Code en contradiction avec lui-même, expliquer d'une façon satisfaisante l'article 1496.

Il est d'abord un principe qu'il ne faut pas perdre de vue, à savoir que le régime matrimonial des époux qui ont des enfants d'un précédent mariage, n'est pas de tout point soumis aux mêmes règles que le régime matrimonial des autres époux. Il y a, dans l'espèce, à sauvegarder des intérêts d'une nature spéciale, ceux des enfants du premier lit : c'est ce que la loi a fait dans les articles 1098, 1496 et 1527.

(1) Demangeat, Notes sur le *Traité de droit international privé*, de Foelix, t. II, p. 208.

Cette proposition admise, et elle n'est guère contestable, qu'arrivera-t-il lorsque deux personnes ayant des enfants d'un précédent mariage convoleront à une nouvelle union sans faire de conventions matrimoniales? Seront-elles soumises au régime de droit commun, c'est-à-dire à la communauté légale? Oui, sans aucun doute. Mais comment sera composé l'actif de cette communauté? Toute la question est là. Nous pensons que pour y répondre, il faut combiner les articles 1401 et 1496 en considérant le second comme une exception à la règle générale posée par le premier. Il faut donc dire : l'actif de la communauté entre époux mariés en secondes noces comprend tous les biens indiqués par l'article 1401, jusqu'à concurrence de la portion réservée par l'article 1496 aux enfants issus du premier mariage, laquelle portion est fixée par l'article 1098. Ramené à ces termes, le système de la loi ne présente aucune contradiction : nous nous trouvons en présence de deux dispositions dont l'une limite l'autre, c'est-à-dire en présence d'une règle et d'une exception à cette règle, ce qui se rencontre à chaque instant dans notre droit civil.

Cet argument ne prouve donc rien en faveur de l'idée de convention tacite ; on peut même affirmer que les textes du Code civil, loin de lui fournir un appui, lui sont absolument contraires.

Qu'on lise en effet les articles 1387, 1391, 1393, 1400 et 1528, et l'on verra que, tout en consacrant le principe de la liberté des conventions matrimoniales, tout en exprimant la volonté de donner force de loi à ces conventions lorsqu'elles ne dérogent pas à un texte du droit civil, le législateur se réserve le droit de parler directement quand les parties ont gardé le silence, et qu'il pose son système légal de droit commun comme étant la loi

suprême à laquelle la communauté reste soumise pour tous les cas auxquels il n'a pas été dérogé par le contrat. C'est là un principe que les rédacteurs du Code ont proclamé peut-être à leur insu, pénétrés qu'ils étaient de la tradition coutumière ; en rendant dans les textes un hommage à la vérité juridique, ils ont placé le régime de droit commun en dehors du système des conventions présumées.

La réfutation que nous venons d'essayer ne présente pas uniquement de l'intérêt au point de vue de la théorie. Sans doute il est toujours utile de combattre une idée fausse par cela seul qu'elle est fausse, mais combien plus lorsqu'elle est le point de départ de toute une jurisprudence ! Or, nous pensons que c'est l'idée de convention tacite qui a donné naissance aux décisions qui seront signalées dans le chapitre suivant, et qui a produit cette hésitation que l'on rencontre trop souvent dans les arrêts rendus par les Cours d'appel et par la Cour suprême au sujet des mariages contractés en pays étranger. Le système que nous avons repoussé est exclusif de tout principe fixe et fondé en droit. Tout s'y ramène à la constatation plus ou moins arbitraire de l'intention des parties, ce qui est inconciliable avec la rigoureuse exactitude que l'on doit demander à la science juridique. N'a-t-on pas vu la doctrine du contrat présumé conduire Fœlix à la solution suivante : à défaut de stipulations expresses des époux, leur association quant aux biens est régie par la loi du domicile du mari, sauf pour le régime dotal qui doit être soumis à la loi de la situation des biens (1) ?

On ferait donc bien de renoncer définitivement à l'idée du contrat tacite. C'est par délégation du législateur que

(1) *Traité de Droit international privé*, II, p. 213.

les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134) « mais c'est un étrange renversement de principes que de prétendre qu'une série de dispositions légales, pour avoir la même force que les conventions, doivent être à leur tour réputées conventions, et qu'elles acquièrent par cette fiction quelque vertu coactive que le législateur n'eût pas pu leur donner sans cela » (1).

85. — Jusqu'ici, notre discussion a été en quelque sorte toute négative. La soumission au régime de communauté légale, en l'absence de conventions matrimoniales, n'est pas le résultat d'un accord tacite entre les époux : nous croyons l'avoir démontré. A coup sûr, il n'y faut pas voir non plus une obligation légale, une application territoriale de la loi, puisque les époux peuvent l'écarter en faisant un contrat de mariage. Qu'est-ce alors ?

Pour dégager le véritable caractère de l'article 1393, il faut se reporter au principe fondamental qui a été rappelé au début de cette étude. Le contrat de mariage n'est qu'un accessoire du mariage proprement dit ; comme lui il fait partie du droit de famille, et la loi qui règle le mariage, réglemente au même titre les rapports pécuniaires des époux. Le but prédominant de ce contrat n'est pas tant en effet l'organisation de la propriété matérielle des biens ni le règlement de leur dévolution, que la détermination des moyens destinés à faire face aux obligations que crée l'union des personnes. Il en résulte que les dispositions de la loi relatives au contrat de mariage font en un certain sens partie de la capacité des époux, sous cette réserve que ces règles peuvent être écartées, tandis qu'on

(1) Odier, *Traité du contrat de mariage*, I, n° 37.

ne peut pas déroger aux règles de capacité qui concernent le mariage. C'est pour avoir méconnu ce principe que les partisans de la doctrine adverse ont fait fausse route. Ils ont voulu traiter le mariage et le contrat de mariage comme deux institutions distinctes, profondément séparées, ils ont exagéré pour ce dernier l'idée de convention, et ils n'ont pas vu que dans l'un et l'autre cas, c'est le droit de famille qui est réglementé sous ses deux faces avec cette différence, que dans l'union des personnes tout est de rigueur, tandis que dans l'association des fortunes, la loi laisse la première place à la volonté des parties.

Si cette analyse est exacte, il faut reconnaître que la communauté de biens qui existe en vertu de la disposition de l'article 1393, trouve son fondement dans l'idée de quasi-contrat. « Par application de l'article 1370, le Code civil tire de ce fait volontaire et licite une fois réalisé, à savoir l'union conjugale, les conséquences pécuniaires dictées par la raison ; le législateur, en un mot, affirme et proclame les lois économiques et les obligations réciproques qui paraissent s'imposer comme une suite nécessaire du fait primordial posé par la libre initiative individuelle (1) ». La loi a choisi le mode d'association le plus conforme à la nature du mariage pour en faire le régime de droit commun ; elle n'impose pas son choix à ceux qui s'unissent, mais elle décide qu'à défaut de stipulation contraire, il sera attaché de plein droit à la célébration du mariage. Il n'y a là ni obligation légale, ni convention tacite, mais un fait volontaire dont il résulte un engagement réciproque des deux parties. Or, c'est

(1) M. de Folleville, *Revue pratique*, t. XXXII : *De la publicité des contrats pécuniaires de mariage*, n° 12.

précisément le caractère du quasi-contrat, tel qu'il ressort de la définition de l'article 1371.

Avec cette donnée, tout devient clair; les trois cas de communauté légale s'expliquent; l'extension de ce régime aux incapables se comprend aisément, en ce sens qu'on regarde les aliénations qu'entraîne le mariage comme des aliénations légales; enfin et surtout, nous avons une règle fixe et précise à appliquer au droit international privé. Les dispositions relatives au contrat de mariage font partie du statut personnel; la loi nationale des époux les suit à l'étranger, et, à défaut de conventions matrimoniales, c'est cette loi qui dira sous quel régime ils sont mariés.

Chapitre VI

DES CONVENTIONS MATRIMONIALES DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

86. — Les rapports nécessaires qui existent entre le mariage et la réglementation des biens, ne laissent aucun doute sur la nécessité de soumettre, à cet égard, la seconde à des règles analogues à celles qui régissent le premier. Tout ce qui touche à l'union personnelle des époux, à leurs conventions matrimoniales, à la protection de la nouvelle famille et aux droits des enfants, doit ressortir à une même législation: celle qui règle la capacité d'une manière générale, c'est-à-dire à la loi nationale. Les lois qui régissent le régime économique des biens des époux

révèlent les usages, les coutumes, les institutions nationales (1), elles créent un mode d'association conforme au génie de chaque peuple et lient d'une façon étroite le contrat de mariage au mariage lui-même; on ne peut donc admettre que l'on fasse dépendre ces deux choses de deux lois différentes, et que la loi du mariage, c'est-à-dire la loi nationale du mari ne gouverne pas à la fois l'union personnelle des époux et les obligations qui en découlent quant aux biens.

Lorsqu'un mariage a été célébré en pays étranger, une double question se pose : 1° d'après quelle loi doit-on juger les conventions nuptiales, leur validité, leurs effets? 2° quelle loi doit régir l'association conjugale lorsque les époux n'ont pas fait de convention expresse?

87. — Supposons d'abord qu'il existe un contrat de mariage. Comment déterminer : 1° la capacité des contractants? 2° la validité des clauses du contrat? 3° le régime qui a pu être stipulé? 4° la loi qui règle la forme du contrat?

La capacité des contractants doit être appréciée d'après la loi nationale de chacun d'eux. Il est en effet de principe dans le droit moderne, que la loi de chaque pays règle l'état et la capacité de ses nationaux partout où ils se trouvent : il ne serait donc pas admissible qu'une personne, incapable de contracter selon sa loi d'origine, pût faire à l'étranger des conventions qu'elle ne serait pas habile à consentir dans son propre pays.

S'il s'agit de la validité des conventions matrimoniales, c'est uniquement à la loi nationale du futur mari que l'on doit s'attacher. Quelles clauses les parties ont-elles pu insérer dans leur contrat de mariage? Ont-elles pu

(1) Fiore, *Droit international privé*, n° 326.

déroger aux règles de l'autorité maritale, de la puissance paternelle, des successions? Les dispositions des diverses législations ne sont pas identiques sur ces matières, et il importe d'avoir une règle uniforme lorsque les époux n'appartiennent pas à la même nationalité. Or, la femme suit la condition de son mari; d'autre part, les enfants naissent citoyens de la patrie du père, il est donc nécessaire que les conventions matrimoniales ne dérogent pas aux dispositions qui, dans la loi nationale du futur mari, règlent la subordination de la femme au mari, des enfants au père. Ainsi, un Français se mariant à l'étranger, le contrat de mariage ne pourra contenir des stipulations contraires aux articles 1388 et 1389 du Code civil.

Quant au choix du régime, les époux jouissent de la plus grande liberté : ils peuvent adopter un régime en vigueur dans le pays du mari, dans le pays de la femme, ou dans le pays où ils contractent; ils peuvent stipuler en détail les clauses qui y sont contenues ou même s'y référer par une simple mention, car il n'y a rien là d'analogue à la prohibition de l'article 1388 de notre Code. Mais dans toutes les conventions, ils auront soin qu'il n'y ait aucune clause contraire aux dispositions prohibitives de la loi du mariage, c'est-à-dire de la loi nationale du mari.

La forme de l'acte n'est soumise au contraire qu'à la loi du pays où il est passé : la règle *locus regit actum* s'y applique dans toute son étendue. Ainsi, bien que notre loi française exige que le contrat de mariage soit fait par acte authentique, il sera valablement passé par acte sous seing privé si la législation du pays étranger l'admet en cette forme (1).

(1) Cass., 18 avril 1865, Dall., 65, I, 342; Dalloz, *Contrat de mariage*, n° 271; Troplong, n° 188.

Mais ici nous rencontrons une difficulté. Comment déterminer ce qui tient à la forme et ce qui tient à la capacité? Par exemple, la règle du Code qui défend aux époux de modifier leurs conventions matrimoniales ou de les faire après le mariage, tient-elle à la forme ou au fond?

Quelques auteurs ont dit que, si la loi du pays permet de faire le contrat pécuniaire après la célébration, comme en Espagne et dans les pays gouvernés par les lois romaines, les époux peuvent, conformément à la règle *locus regit actum*, stipuler ou modifier au cours du mariage leurs conventions nuptiales, car il ne s'agit là que d'une pure question de forme. Telle est l'opinion de Trolong (1) consacrée par certaines Cours du Midi (2) et par la Cour de cassation (3). Le choix du régime auquel doivent être soumis les intérêts civils des époux, dit la Cour suprême, dépend de leur volonté et de celle des personnes qui doivent les assister s'ils sont mineurs.

Cette doctrine repose sur une fausse interprétation de la loi. Sans doute, le Français qui se marie à l'étranger peut choisir, d'accord avec son futur conjoint, le régime matrimonial que bon lui semble, mais la disposition de l'article 1394, suivant laquelle toutes conventions matrimoniales doivent être rédigées avant le mariage, ne traite pas une question de régime, ou pour parler plus exactement, de forme, mais bien une question de capacité; elle appartient non au statut réel, mais au statut personnel qui suit le Français partout où il transporte son domicile. Le but des articles 1394 et 1395 a été sur-

(1) *Contrat de mariage*, I, 179.

(2) Montpellier, 25 avril 1844, Dall., 45, II, 36; Toulouse, 7 mai 1866, Dall., 66, II, 109.

(3) Cass., 11 juillet 1855, Sir, 55, I, 699.

tout d'éviter la fraude et les abus d'influence du mari, en empêchant qu'on éludât le principe de la révocabilité des donations entre époux. Ce principe règle une question de capacité, personne ne le conteste : il serait étrange qu'on ne considérât pas de la même façon les dispositions destinées à en assurer l'observation.

88. — Lorsque les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, quelle loi doit-on appliquer ?

Le système suivi par la jurisprudence et par la majorité des auteurs est celui-ci. Il faut rechercher le régime tacitement adopté par les époux. La soumission à un régime dépend de la volonté des parties contractantes, d'où il résulte que l'on doit s'attacher à leur intention. Des Français qui se marient à l'étranger, des étrangers qui se marient en France, peuvent, sans distinguer si leur conjoint est de même nationalité qu'eux ou de nationalité différente, se soumettre selon leur volonté au régime du Code civil ou au régime de la loi étrangère. Comment peut-on connaître cette intention à défaut de contrat ? On répond que c'est une question de fait, comme tout consentement tacite : les juges décideront d'après les circonstances de la cause, et, si rien ne manifeste cette intention, on s'attachera comme dans l'ancien droit au domicile. Mais quel domicile ?

Pour les uns (1), c'est la loi du domicile du mari au moment du mariage, qui, en l'absence de contrat ou d'intention manifestée d'une autre manière, régit l'association conjugale. Pour les autres (2), le domicile du futur époux ne saurait être considéré comme indiquant par lui-même et nécessairement, de la part de la future épouse,

(1) Foelix, *loc. cit.* nos 20, 27, 66 ; Odier, *loc. cit.*, I, 47 à 51.

(2) Aubry et Rau, V, § 504 *bis*.

l'intention de se soumettre à la loi de ce domicile : c'est le lieu où les futurs époux se proposent de fixer le siège de leur association conjugale qu'il convient avant tout de prendre en considération. D'autres auteurs (1) pensent qu'il ne faut même pas s'attacher d'avance et d'une façon absolue à tel ou tel domicile, et que la détermination de la loi qui devra être prise en considération, est une question de circonstances. Si, par exemple, des Français qui célèbrent leur union à l'étranger, y ont depuis longtemps le siège de leurs affaires, s'ils y jouissent des droits civils, ces faits pourront être invoqués pour en induire la volonté des parties d'adopter la loi qu'elles connaissent, tandis qu'elles ne connaissent pas la loi française. Mais, si les futurs époux viennent seulement d'établir leur résidence en pays étranger, ou encore s'ils n'y sont que passagers, sans domicile fixe, on ne peut plus dire qu'ils se soumettent à une loi qu'ils ignorent, tandis qu'ils sont présumés connaître la loi française qui les régit. Par la même raison, il faut admettre qu'alors même que les époux se proposeraient, en se mariant à l'étranger, d'y établir leur domicile, ce fait ne suffirait pas pour prouver que leur intention est de suivre la loi étrangère, car ils ne connaissent pas cette loi.

Où trouver au milieu de ces opinions contradictoires un principe certain, une règle de droit applicable dans tous les cas ? Ce n'est pas non plus la jurisprudence qui nous les fournira ; car, bien qu'elle soit assez ferme dans le sens de la loi du domicile matrimonial, elle laisse encore une trop grande place à l'arbitraire en autorisant à rechercher l'intention présumée des époux (2).

(1) Laurent, XXI, nos 204 à 205.

(2) Paris, 15 décembre 1853, Sir., 54, II, 405 ; Aix, 12 mars 1878, Sir., 78, II, 265 ; Cass. 4 mars 1857, Sir., 57, I, 247 ; 18 août 1873, Dall., 74, I, 258.

Comment connaître en effet quelle a été la volonté des parties? Comment déterminer le domicile matrimonial? La loi ne connaît pas cette expression, et ce n'est pas résoudre la difficulté que de dire : le domicile matrimonial est le lieu où les époux se proposent, en se mariant, de fixer leur principal établissement. Que si on leur demande où ils comptent porter le siège de l'association conjugale, une réponse bien nette fera le plus souvent défaut, car il n'est pas rare qu'il y ait de l'incertitude dans un tel moment; or, s'il y a doute pour les époux eux-mêmes, à combien plus forte raison pour la justice? Et dès lors, quelle sécurité auront les tiers qui contracteront avec les époux? S'il y a eu plusieurs domiciles matrimoniaux, la loi du contrat de mariage changera-t-elle avec les domiciles successifs?

Il suffit de signaler les conséquences d'une pareille doctrine, pour en montrer le vague et l'insuffisance.

L'origine de cette erreur est facile à découvrir : il ne faut pas la chercher ailleurs que dans l'idée de convention tacite appliquée à la soumission au régime de droit commun en l'absence de conventions matrimoniales.

Si l'on admet la théorie du contrat présumé dans le droit interne, on est conduit à tout faire dépendre dans le droit des gens de la convention tacite des parties.

Nous avons déjà insisté sur la fausseté de cette idée. Inexacte dans le droit interne, elle l'est à bien plus forte raison dans le droit international. Ceux qui n'ont pas fait de contrat de mariage, n'ont pas eu, en général, l'intention de se soumettre à une loi plutôt qu'à une autre, surtout à une loi étrangère dont ils ne connaissent sans doute pas les effets. Pour prendre un exemple, ne serait-ce pas une prétention exorbitante que de vouloir soumettre des étrangers qui se marient en France à toutes les règles du

régime de communauté, par cela seul qu'ils habitent depuis longtemps sur notre territoire et qu'ils entendent y demeurer encore ?

Une seule solution se présente, qui permet de lever toutes les difficultés : c'est de considérer les dispositions relatives au contrat de mariage comme des règles de capacité, et de décider qu'à défaut de conventions expresses, les époux seront soumis au régime qui forme le droit commun dans la loi nationale du futur mari. Il est nécessaire que l'union des époux produise partout des effets identiques quant aux biens, indépendamment de leur situation : or, lorsque les époux ne se sont pas prévalus de la faculté à eux accordée de désigner la loi à laquelle ils accordent la préférence, il n'y a aucune bonne raison pour ne pas soumettre leur association pécuniaire à la loi qui règle leur union personnelle.

89. — Le principe posé, les conséquences s'en déduisent aisément.

Un Français se marie à l'étranger avec une Française ou avec une étrangère, et il n'a pas été fait de contrat de mariage : comment régler les intérêts pécuniaires du nouveau ménage ?

Deux règles vont nous servir à résoudre la question : 1° le Français est soumis au régime que sa loi nationale choisit pour lui, c'est-à-dire au régime de communauté ; 2° la femme suit la condition de son mari. Il en résulte que les biens du mari et ceux de la femme seront régis par la loi française en quelque lieu qu'ils se trouvent : c'est également cette loi qui déterminera les droits des enfants. Pas d'hésitation possible, notre principe suffit à tout.

Mettons en regard de cette doctrine celle de la majorité des auteurs et de la jurisprudence. « Si l'on suppose

qu'il y ait eu deux intentions contraires, dit M. Laurent, il faut voir laquelle l'a emporté, si la femme a cédé au mari, ou si le mari a cédé à la femme, et cela d'après les circonstances de la cause (1). » Non, répond Foelix, c'est du domicile qu'avait le mari au moment de la célébration du mariage qu'il faut tenir compte. Et la jurisprudence : c'est le domicile matrimonial auquel il faut s'attacher.

Un arrêt cependant a consacré les vrais principes. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que le régime matrimonial d'un Français qui se marie à l'étranger, doit être déterminé par la loi française (2). Mais on ne peut malheureusement pas voir dans cet arrêt un changement de jurisprudence, d'abord parce que la décision est isolée, et surtout parce que la question n'a été résolue qu'incidemment. La Cour de Bordeaux est entrée elle aussi dans cette voie, mais elle ne l'a pas fait franchement ; il semble qu'elle ait voulu faire une concession à la jurisprudence dominante. « Il est de principe, dit la Cour, que, lorsqu'un Français épouse hors de France une étrangère, sans faire un contrat de mariage, c'est la nationalité du mari *et par conséquent la loi du domicile* qui détermine pendant tout le cours de l'union, le régime conjugal (3). » Pourquoi avoir ajouté : *et par conséquent la loi du domicile*, alors que le principe était si nettement posé ?

Inversement, un étranger se marie en France avec une étrangère ou avec une Française ; nous appliquerons les mêmes règles que précédemment : la loi nationale du futur mari qui régit les rapports personnels des époux

(1) *Principes de droit civil*, XXI, n° 202.

(2) Crim. rég. 12 juin 1874, Sir., 78, I, 45.

(3) Bordeaux, 2 juin 1875, Sir., 75, II, 291.

déterminera également leur régime matrimonial à défaut de conventions contraires.

Comparons encore avec la doctrine dominante et la jurisprudence. Dalloz, s'appuyant sur l'autorité de plusieurs auteurs, dit : « L'étranger qui a été autorisé à établir son domicile en France, et qui, depuis, s'y marie sans contrat, même avec une étrangère de son pays sera soumis à notre régime de communauté (1). » La jurisprudence n'exige même pas qu'il y ait domicile dans le sens de l'article 13 du Code ; ce domicile doit sans doute être plus qu'une simple résidence, mais il suffit que ce soit un domicile sérieux, manifesté par un ensemble de circonstances qui révèlent l'intention de l'étranger de s'établir en France (2). Autant vaut dire avec M. Laurent : il n'y a pas de condition requise pour que l'étranger soit soumis à la communauté légale, puisqu'il n'y a pas de loi (3). La conclusion est celle-ci : pas de règles fixes, pas de système cohérent, pas de sécurité pour les tiers.

90. — Une dernière question se pose, relativement à la loi qui doit régir l'association pécuniaire des époux dans le droit international privé : les garanties de la femme mariée appartiennent-elles au statut réel ou au statut personnel ?

Le principe qui domine la matière du contrat de mariage ne permet aucune hésitation. « Les garanties spéciales accordées aux femmes mariées ont leur justification dans la position de dépendance qui leur est faite, comme celles des mineurs et des interdits ; la loi qui règle de tels rapports semble naturellement appelée à régir les conséquences qui doivent en résulter quant à la responsabilité

(1) Répertoire, *Contrat de mariage*, n° 206.

(2) Paris, 15 décembre 1853, Dall, 55, II, 492.

(3) *Loc. cit.* n° 203.

des uns et quant aux gages de sécurité qu'il faut accorder aux autres (1). » Dans les garanties accordées aux femmes, c'est donc l'élément personnel qui domine, et par suite, c'est à la loi qui régit la famille que l'on devra s'attacher.

L'application la plus importante de cette règle générale concerne l'hypothèque légale de la femme mariée. Des étrangers se sont mariés dans leur pays ou en France, ils ont fait des conventions matrimoniales ou ils se sont mariés sans contrat : la femme étrangère pourra-t-elle invoquer l'hypothèque légale de l'article 2121 du Code civil sur les immeubles de son mari situés en France ?

Quelques auteurs l'ont soutenu. L'article 3 du Code civil, disent-ils, dispose que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers sont soumis à la loi française ; en conséquence, la femme étrangère peut se prévaloir de tous les droits dont notre législation grève les immeubles du mari, alors même que sa loi nationale ne le lui permettrait pas (2).

Cette opinion repose sur une confusion. La question qui nous occupe n'a rien à voir avec le statut réel. Le statut réel a pour objet les biens, leur constitution, leur transmission, tandis qu'ici il s'agit de tout autre chose. On se demande comment la femme est garantie dans ses reprises. Or, « la loi qui accorde une hypothèque légale à la femme mariée est la même qui organise la famille, qui règle l'état des époux et leurs rapports entre eux ; c'est eu égard à l'étendue de la puissance du mari et de l'incapacité de la femme que chaque législation, par une corrélation naturelle, détermine les garanties dont la

(1) Brocher, *Nouveau Traité de droit international privé*, n° 77.

(2) Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, I, 174.

femme a besoin (1). » C'est donc la loi nationale qu'il faut suivre.

La doctrine adverse aboutit d'ailleurs à un double emploi ou à une superfluité : à un double emploi, si la loi de la femme lui accorde une autre garantie, par exemple une caution ; à une superfluité dans le cas contraire : pourquoi la loi française serait-elle plus prévoyante dans l'intérêt de la femme étrangère, que sa loi personnelle elle-même ?

La vérité est donc que la femme ne peut invoquer l'hypothèque légale de l'article 2121, qu'autant que la loi de son pays le lui permet.

La jurisprudence s'est rangée à cette opinion (2), mais elle exige une seconde condition, c'est que la femme jouisse en France des droits civils en vertu d'un traité de réciprocité (art. 11) ou en vertu d'une autorisation de résider en France (art. 13). Cette décision, qui repose sur l'idée que l'hypothèque légale de la femme mariée serait une création du droit civil, paraît inexacte. L'hypothèque légale n'est pas plus un droit civil que l'hypothèque judiciaire, laquelle est accordée aux étrangers sans condition de domicile ou de réciprocité.

Ce principe qu'il faut s'en tenir uniquement à la loi nationale des époux pour déterminer les garanties de la femme mariée est général ; mais il ne fait pas obstacle au droit qu'à chaque Etat de prendre, sur son territoire, toutes les mesures de publicité qu'il juge nécessaires pour maintenir l'ordre et la sécurité.

(1) Valette, *Privilèges et hypothèques*, p. 277.

(2) Cass., 20 mai 1862, *Dall.*, 62, I, 201.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Des retentiones ex dote.

	Pages.
CHAPITRE I ^{er} . Des actions dotales.	3
CHAPITRE II. Caractères des <i>retentiones</i>	9
CHAPITRE III. Des diverses <i>retentiones ex dote</i>	16
I. <i>Retentio propter liberos</i>	16
II. <i>Retentio propter mores</i>	22
III. <i>Retentio propter res donatas</i>	24
IV. <i>Retentio propter res amotas</i>	26
V. <i>Retentio propter impensas</i>	27
§ I. Impenses nécessaires.	27
§ II. Impenses utiles	35
§ III. Impenses voluptuaires.	37
§ IV. Impenses faites en dehors des choses dotales. . .	38
§ V. Conditions d'ouverture de la <i>retentio propter im-</i> <i>pensas</i>	39
§ VI. Droit de Justinien.	39
CHAPITRE IV. Du mode d'exercice des <i>retentiones</i>	42
I. Cas dans lesquels elles s'exercent.	42
II. Procédure des <i>retentiones</i>	43
III. Du cumul des <i>retentiones</i>	57
IV. Transmission des <i>retentiones</i>	62
V. Influence du legs de la dot sur l'exercice des <i>retentiones</i> . .	64
VI. De l'Edit de <i>alterutro</i>	68
CHAPITRE V. Des droits de la femme correspondants à ceux du mari.	69

DROIT FRANÇAIS

Du principe de la liberté des conventions matrimoniales.

	Pages.
Notions préliminaires	75
CHAPITRE I. Origine du principe de la liberté des conventions matrimoniales	78
CHAPITRE II. Système adopté par le Code civil.	89
CHAPITRE III. Des modifications que la convention des parties peut apporter aux règles du droit commun.	96
SECTION I. Des clauses prohibées.	96
SECTION II. Dérogations aux règles du Code sur les pouvoirs du mari.	115
SECTION III. Effets des conventions sur la capacité de la femme.	120
§ I. De l'incapacité légale de la femme mariée.	121
§ II. Si l'on peut établir une incapacité contractuelle	127
§ III. Influence du régime adopté sur la capacité de la femme mariée.	136
SECTION IV. Des modifications permises par contrat de mariage au droit commun des donations.	154
SECTION V. Des modifications que la convention peut apporter aux règles de l'hypothèque légale de la femme mariée.	163
SECTION VI. Comparaison entre la liberté des conventions matrimoniales et la liberté des conventions de droit commun.	170
CHAPITRE IV. Des diverses combinaisons des régimes matrimoniaux	177
SECTION I. De l'introduction des règles de la dotalité dans le régime de communauté	177
SECTION II. De la combinaison du régime de séparation de biens et du régime dotal.	189
SECTION III. De la clause d'aliénabilité des biens dotaux.	193
SECTION IV. De la société d'acquêts.	194
CHAPITRE V. Caractère du régime auquel les époux sont soumis à défaut de stipulations expresses	207
CHAPITRE VI. Des conventions matrimoniales dans le droit international privé.	221

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. Lorsque le mariage se dissout par la mort de la femme, le mari retient sur la dot un cinquième par enfant : cette retenue s'exerce *in infinitum*, c'est-à-dire sans limite légale jusqu'à épuisement de la dot.

II. Lorsque la somme des dépenses nécessaires faites successivement par le mari sur le fonds dotal égale la valeur de ce fonds, il ne cesse pas pour cela d'être dotal.

III. Cette législation fut changée sous Justinien. Le fonds cesse d'être dotal dès l'instant où les dépenses faites *per partes* égalent la valeur du fonds ; mais il redevient dotal, si la femme rembourse la dépense dans l'année.

IV. La *retentio ex dote* n'est pas une application du principe général de la compensation.

V. Le *præjudicium quanta dos sit* servait à déterminer le montant des retenues auxquelles le mari avait droit, lorsque la dot était réclamée par l'action *ex stipulatu*.

VI. L'exception *quod facere potest* peut être opposée sur toute poursuite dirigée par l'un des époux contre l'autre, lorsque la poursuite se fonde sur un contrat intervenu au cours du mariage.

VII. Le cumul des diverses *retentiones ex dote* est permis, sauf en ce qui concerne la *retentio propter liberos* et la *retentio propter mores*.

VIII. Les peines infligées aux époux *propter mores* ne les frappent pas également.

DROIT FRANÇAIS.

I. — DROIT CIVIL.

I. Les époux qui établissent une société d'acquêts ne peuvent pas stipuler que les acquêts appartiendront aux enfants à naître du mariage, avec réserve d'usufruit au profit de l'époux survivant.

II. L'un des époux ne peut pas assurer par contrat de mariage, à l'époux qui survivra, la propriété de tous les biens qu'il laissera à sa mort, sous la réserve que le mobilier du survivant sera partagé entre ses héritiers et ceux du prédécédé.

III. La loi ne défend pas aux époux de former entre eux une société ordinaire.

IV. Il n'est pas permis aux futurs époux d'établir, en se mariant, une incapacité contractuelle de la femme.

V. La clause, par laquelle la femme dotale se réserve le droit d'aliéner ses immeubles dotaux peut, si elle est assez explicite, être interprétée en ce sens que la femme aura le droit de les affecter comme gage à ses créanciers.

VI. L'inaliénabilité des biens de la femme commune peut résulter d'une clause de reprise d'apports francs et quittes formulée assez clairement pour ne laisser aucun doute sur l'intention des parties.

VII. Les époux peuvent combiner le régime dotal et le régime de la séparation de biens.

VIII. La soumission au régime de communauté légale des époux qui n'ont pas fait de contrat de mariage, n'est pas le résultat d'une convention tacite.

IX. La question de savoir si les conventions matrimoniales peuvent être faites après la célébration du mariage, en cas de mariage contracté à l'étranger, doit s'apprécier d'après la loi nationale du mari.

X. A défaut de stipulations expresses, le régime nuptial des personnes qui se marient hors de leur pays doit être déterminé par la loi nationale du futur mari.

II. — DROIT COUTUMIER.

I. L'origine de la féodalité ne doit pas être cherchée dans les institutions du Bas-Empire, ni dans le développement des coutumes germaniques, mais uniquement dans l'état d'anarchie et de dissolution de la société du v^e au ix^e siècle.

II. La légitime était une part de l'hérédité qu'on ne pouvait demander qu'en se portant héritier.

III. — DROIT CRIMINEL.

I. Une personne acquittée par le jury ne peut pas être traduite devant les tribunaux correctionnels à raison du même fait autrement qualifié.

II. En matière d'extradition, la prescription dont il faut tenir compte est celle qui est organisée par la loi du pays requérant.

IV. — DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les Ministres ne font pas acte de juridiction, lorsqu'ils liquident les dettes de l'Etat, ni lorsqu'ils statuent en appel des décisions non contentieuses des Préfets.

II. L'autorité judiciaire ne peut pas apprécier l'acte administratif qui fixe la ligne séparative du domaine public et de la propriété privée, pour allouer une indemnité de dépossession au propriétaire riverain.

V. — DROIT CONSTITUTIONNEL.

I. Dans l'état actuel de notre législation, la responsabilité civile des Ministres, fondée sur l'article 1992 du Code, n'a pas de sanction, aucune disposition légale ne déterminant la juridiction compétente.

II. L'énumération de l'article 8 de la loi du 16 juillet 1875 est limitative.

VI. — DROIT DES GENS.

I. L'immunité diplomatique couvre l'agent d'un gouvernement étranger, alors même que cet agent est citoyen du pays dans lequel il est envoyé.

II. Les faits commis sur des navires étrangers dans les eaux territoriales d'un État ne doivent pas être assimilés, au point de vue de la répression aux faits commis par des étrangers sur le territoire de cet État.

Vu par le Président de la thèse,

C. BUFNOIR.

Vu par le Doyen de la Faculté,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

